



Universidad
Carlos III de Madrid

TESIS DOCTORAL

**LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS
CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS A LOS
CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN**

HAILA IZAIAS FONSECA DE MACEDO

MARÍA PILAR PERALES VISCASILLAS (DIRECTORA)
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
GETAFE, ENERO DE 2017

ÍNDICE

PARTE I

ABREVIATURAS.....	6
NOTAS INTRODUCTORIAS.....	9

PARTE II

CAPÍTULO I

ÁPROXIMACIÓN A LA CISG Y A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

I. Consideraciones introductorias.....	16
II. El pasado, el presente y el futuro de la CISG.....	18
1. El carácter internacional del contrato.....	27
2. El término «establecimiento».....	28
3. Mercaderías.....	33
4. La compraventa: Falta de una definición legal	36
III. Los contrato de distribución.....	39
1. Características.....	42
a) <i>Unicidad o pluralidad</i> de los contratos.....	51
b) Contrato marco de distribución.....	53
c) Estipulaciones del contrato marco de distribución.....	59
d) Marco Común Europeo de Referencia. Libro IV. E 5:101.....	63
e) La falta de seguridad jurídica.....	64
f) El Contrato de Agencia, Contrato de distribución y el Contrato de Compraventa.....	68
g) Aproximación de los contratos de distribución a la CISG.....	75
IV. Argumentos que justifican el rechazo de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución	
1. Los contratos de distribución no se ajustan a las características de los artículos 30 y 53 de la CISG.....	78
2. ¿Se equiparan los contratos de distribución a la definición del artículo 3.2 de la CISG?.....	80

3. Contratos de distribución con precio abierto desconformidad con el artículo 14 de la CISG.....	83
4. Convergencia de estipulaciones entre el contrato de distribución y la compraventa.....	86

CAPÍTULO II

LA APLICACIÓN DE LA CISG A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN: LA DEFINICIÓN DE LA COMPRAVENTA Y EL PROBLEMA DE LOS CONTRATOS MIXTOS

I. Introducción. Libertad de aplicación de la CISG.....	91
1. Aplicación de la CISG por voluntad de las partes – <i>Opting in</i>	92
2. Principio de la autonomía de la voluntad en la CISG y sus límites – <i>Opting out</i>	103
3. Determinación del régimen aplicado en la práctica. Reglamento de Roma.....	107
4. La prestación característica de los contratos de distribución.....	116
5. Fragmentación legislativa.....	119
6. Los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.....	122
7. Aplicación de la CISG a los contratos de distribución por analogía.....	126
II. La CISG extiende la definición clásica del contrato de compraventa para acuñar una definición más moderna.....	129
1. El artículo 3.1 de la CISG.....	131
2. El artículo 3.2 de la CISG nació de la necesidad jurídica.....	132
3. Contratos mixtos fusión de diversos tipos de obligaciones – dar, hacer o no hacer.....	136
4. Teoría de la absorción, la Teoría de la combinación y la Teoría de la aplicación por analogía.....	139
5. Aproximación del artículo 3.2 de la CISG a los contratos de distribución.....	142
III. Límites impuestos por la CISG a las obligaciones de hacer o no hacer.....	145
1. <i>Parte principal</i> del contrato de compraventa.....	148
2. Aplicación del artículo 8 de la CISG.....	149
3. Criterio subjetivo del reconocimiento del grado de importancia de cada prestación - Artículo 9 de la CISG.....	154
4. Criterio objetivo <i>cuantitativo</i>	159

IV.	La CISG y los contratos de distribución.....	167
-----	--	-----

CAPÍTULO III

LA APLICACIÓN DE LA CISG A LOS CONTRATOS MARCO DE DISTRIBUCIÓN: LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y EL PRECIO

I.	La aplicación de la CISG al contrato marco de distribución aunque no especifique el elemento esencial del contrato - el precio.....	173
1.	La falta de precisión de la oferta en los contratos de distribución <i>Vs</i> la precisión exigida por el artículo 14 de la CISG.....	173
2.	El orden de revisión de los artículos 12 y 51 del Proyecto de UNCITRAL, alteró sustancialmente el rumbo de la formación del contrato.....	175
II.	Problemas interpretativos de los artículos 14 y 55 de la CISG.....	179
1.	HONNOLD <i>Vs</i> ALLAN FARNSWORTH.....	184
2.	La interpretación y la integración de las lagunas.....	191
3.	La interpretación de los contratos con precio abierto.....	196
4.	Interpretación de declaraciones u otros actos de las partes.....	201
5.	La cantidad y el precio establecidos de acuerdo con los <i>usos y prácticas</i> aplicables al contrato	206
III.	Principio de la conservación de los contrato.....	212
1.	Los Principio UNIDROIT.....	215
2.	Los Principios del Derecho Europeo de Contratos.....	222
IV.	Validación por los Tribunales. Contrato sin precio.....	229

CAPÍTULO IV

IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE PROBLEMAS ESPECÍFICOS EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA CISG

I.	Planteamiento general.....	237
II.	Los pactos de exclusiva en los contratos de distribución.....	237
1.	Definición del pacto de exclusiva (Naturaleza jurídica).....	239
2.	Las formas de la cláusula de exclusiva.....	250
3.	La falta de regulación del incumplimiento de la obligación de exclusiva.....	255
a)	Aplicación del derecho nacional en caso de incumplimiento de la obligación de exclusiva	256
b)	Aplicación de la CISG en caso de incumplimiento de la obligación de exclusiva.....	258
i.	El incumplimiento de la obligación de exclusiva se caracteriza como un incumplimiento esencial bajo los parámetros de la CISG.....	260
ii.	Definición del principio del incumplimiento esencial.....	266
iii.	El grado del vínculo obligacional	270

CAPÍTULO V

LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

I.	Introducción.....	277
II.	Breve análisis comparativo de la falta de conformidad en el sistemas Europeo e internacional.....	279
1.	Principios UNIDROIT.....	283
2.	El Marco Común Europeo de Referencia para el Derecho Contractual.....	287
3.	El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución.....	288
4.	Los Principios Europeo de Derecho de Contrato	288
III.	Falta de conformidad en la CISG.....	290
1.	Falta de conformidad material.....	292
2.	Falta de conformidad jurídica.....	296
IV.	La falta de conformidad en los contratos de distribución.....	300
1.	El Principio de Cooperación.....	299

2. El Principio de Cooperación aplicado al cumplimiento de la obligación de conformidad.....	303
3. El Principio de Cooperación en la nueva versión de los Principios UNIDROIT.....	305
4. Posicionamiento jurisprudencial sobre la falta de conformidad.....	309

PARTE III

I. CONCLUSIÓN.....	313
II. BIBLIOGRAFIA.....	323
III. ÍNDICE DE SENTENCIAS.....	354
IV. LEYES, DECRETOS, DIRECTIVAS, REGLAMENTOS, PRINCIPIOS Y TRATADOS EMPLEADOS.....	368

ABREVIATURAS EMPLEADAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Art/arts.	Artículo/artículos
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán)
Cap.	Captítulo
CC	Código Civil
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CE	Comunidad Europea
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Constitución española
CCom	Código de Comercio
Coord.	Coordinadores
Cfr.	Confrontar
CFR	Cost and Freight (INCOTERM)
CIF	Cost Insurance and Freight (INCOTERM)
CNUCCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre contrato de compraventa internacional de mercaderías
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional
CISG	The United Nations Convention on contracts for the International Sale of goods (Convención de Viena sobre los Contratos de compraventa Internacional de mercadería, de 11 de abril de 1980, en su acrónimo inglés)
CLOUT	Case Law on UNCITRAL texts
Dir.	Director
Dirs.	Directores
Dir.	Directiva

Doc.	Documento
DCFR	Sigla en inglés de Proyecto de Marco Común de Referencia – Principios, Definiciones y Reglas Modelo de derecho Privado Europeo (Principles, Definitions and Model Rules of European Privat Law – Draft Common Frame of Reference)
DDP	Delivered Duty Paid (INCOTERM)
DDU	Delivered Duty Unpaid (INCOTERM)
Ed.	Editorial
ed.	Edición
FOB	Free on Board (INCOTERM)
<i>Id.</i>	dem, igual
<i>Ib.</i>	Ibíden
ICOTERMS	Internacional Comercial Terms (2000)
LCA	Ley sobre Contrato de Agencia
LUVI	Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes muebles corporales.
LUFVI	Ley Uniforme relativa a la Formación de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
Nº.	Número
p./pp.	Página/Páginas
PECL	Principios europeos para la contratación
PLCD	Proyecto de Ley de Contratos de Distribución
ONU	United Nations Comisión for International Trade Law
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
RUU	Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios de la CCI (RUU 500)
RCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
R.D.	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RIE	
T.	Tomo

UCC	Uniform Comercial Code (EE.UU). Organización de Naciones Unidas
UNCITRAL	United Nations Comisión for International Trade Law
UNIDROIT	Instituto para la Unificación del Derecho Privado
VV.AA.	Varios Autores
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

NOTAS INTRODUCTORIAS

Con la presente investigación buscamos analizar la posibilidad de aplicar la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante CISG o la Convención) a los contratos de distribución internacional. Tal inquietud nació debido a la confluencia de tres factores: Primero, por el gran éxito, más que demostrado de la Convención de Viena tanto en relación con el número de Estados que la han ratificado que son 85 en la actualidad, como por la influencia que este texto ha tenido en la moderna configuración del derecho contractual. Segundo, por existir ciertas dudas en torno a la aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional, cuando las partes no han incluido expresamente la aplicación de la CISG en el contrato. Y tercero, por la inexistencia de una ley que regule los contratos de distribución internacional.

Efectivamente, la primera razón que nos llevó a estudiar la aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional fue el gran éxito de la aplicación de la Convención en todo el mundo. La CISG es, sin duda, uno de los textos jurídicos de mayor notoriedad a nivel internacional. Se trata de un Tratado Internacional que está en vigor en ochenta y cinco países¹. Pero cuando hablamos que es un tratado que está en vigor, no nos referimos a que es un tratado de letras muertas, la CISG es un cuerpo normativo que hace parte del conjunto de leyes nacionales de forma muy activa. A tal punto que hay países que no sólo aplican la CISG a los contratos de compraventa internacionales, sino también a los contratos nacionales por su gran éxito en solucionar los problemas oriundos de los contratos de compraventa. Eso se debe porque detrás de la cotidianeidad y funcionalidad en su uso y ejecución, existe toda una base teórica muy concluyente, así como un vasto desarrollo normativo y jurisprudencial. Prueba del desarrollo jurisprudencial se demuestra que sólo en el banco de datos de la página web de UNCITRAL (www.uncitral.org), están catalogados más de 850 casos resueltos, sea aplicando directamente la CISG, haciendo referencia a algún artículo de la CISG o hasta aquellos casos donde no se aplica la CISG y las razones de ello.

¹ Situación actual de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena de 1980). Esta página se actualiza cada vez que se informa a la CNUDMI de cambios en el estado de las Convenciones http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

Otro aspecto muy importante que colaboró y colabora para el éxito de la CISG, y consecuentemente suma a los motivos para la aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional es la seguridad jurídica que este cuerpo de norma transmite tanto a los empresarios como a los juzgadores. Y eso se debe a la uniformidad de la interpretación de la CISG y sobre todo, al carácter internacional de la misma, obligando a que ésta no siga los criterios de ningún ordenamiento jurídico nacional, y por lo tanto se configure como una normativa autónoma. Esta autonomía e internacionalidad interpretativa es factible, especialmente en Derecho mercantil, por dos motivos:

En primer lugar, por la influencia determinante de las grandes familias jurídicas europeas: La anglosajona, la de derecho continental latino y la germánica, que extendieron sus influencias a todo el mundo, eliminando del ámbito comercial internacional otras familias jurídicas como la de países de economía planificada, la de Extremo Oriente o islámica.

Y segundo, porque las diferencias conceptuales entre el Derecho mercantil continental y anglosajón, sobre todo, la práctica de la *societas mercatorum* por la que se regulan, permiten la creación de normas internacionales menos conceptuales y más descriptivas. La CISG no menciona los métodos de interpretación que deben emplearse en esta hermenéutica uniforme, ni la jerarquía que debe darse entre ellos, por lo que no podemos hablar de una tipología legal de dichos métodos que lleva aparejada consecuencias jurídicas.

En este sentido, la pauta general es: cuando una materia esté regulada por la Convención y por el Derecho interno al mismo tiempo, este último debe ceder frente al primero. Esta solución se debe al principio general en materia de jerarquía de las fuentes. El artículo 7 de la CISG² es pieza fundamental en esta materia porque instituye no sólo la obligación de los jueces, árbitros, abogados, etc., responsables de interpretación de manera de promover su carácter internacional y uniforme, sino que al mismo tiempo establece una jerarquía de las fuentes en donde el derecho interno aparece en último lugar. De tal suerte, que, por ejemplo, que cuando se debe interpretar

² Artículo 7 de la CISG: «1. En la interpretación de la presente convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado».

el vocablo *validez* debe tenerse en cuenta que se está interpretando la CISG, y no el derecho interno. Y es la Convención la que excluye de su ámbito una materia determinada según haya o no una solución expresa en su texto.

El segundo motivo que nos llevó a estudiar la aplicación de la CISG a los contratos de distribución es exactamente la existencia de ciertas dudas en torno a ello, principalmente cuando las partes no han incluido expresamente la aplicación de la CISG en el contrato. Y si la han incluido, existe la duda de si la CISG se aplica sólo a los contratos de compraventa que emanan del contrato de distribución o también se puede aplicar a los contratos marco de distribución.

Es cierto que cuando estamos tratando de la aplicación de la CISG exclusivamente a los contratos de compraventa internacional, tal duda ya no existe, ya que en los casos en los cuales las partes nada establezcan sobre la ley aplicable, pero las dos partes posean sus establecimientos en Estados contratantes, se aplicará la CISG frente al derecho nacional (artículo 1.1.a) de la CISG). Sin embargo, cuando se trata de aplicar la CISG a los contratos de distribución la cuestión dista de ser pacífica entre la doctrina y la jurisprudencia. A lo largo de este trabajo estudiaremos las posibilidades de aplicar la CISG a los contratos de distribución internacional.

Después de las consideraciones anteriores, resulta oportuno aclarar que para el presente estudio asumiremos como punto de partida que las partes no han incluido expresamente la aplicación de la CISG en el contrato de distribución. Además de llevar en consideración que las partes no han incluido expresamente la aplicación de la CISG en el contrato, también asumiremos que se dan los elementos de aplicación de la CISG a lo que se refiere a internacionalidad del contrato y ámbito material.

La tercera y última razón que llevamos en consideración para este estudio, es la inexistencia de una ley que regula a los contratos de distribución internacional. Pese a que se trata de un contrato de frecuente aplicación en el mercado internacional el contrato de distribución actualmente se caracteriza, entre otros particulares, por ser un contrato atípico, es decir, la ausencia de normas que lo regulen. Por ello, analizando la posibilidad de aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional, estamos estudiando una forma que puede por lo menos minimizar esa carencia normativa en un tipo de contrato ampliamente utilizado en el mercado.

Además, como sabemos, las normas jurídicas surgen a partir de la necesidad de regular y codificar la actuación de los miembros de una determinada comunidad; lo que a su vez ha hecho que sea necesario unificar diversos aspectos a nivel internacional, como por ejemplo, ocurre con el tráfico económico, con los mecanismos para facilitar el acceso al mercado, con el robustecimiento de la seguridad jurídica en los negocios, entre otros.

La necesidad de regulación fue la que impulsó el surgimiento del derecho mercantil, ya que desde hace mucho tiempo, los comerciantes se han visto en la necesidad de crear sus propias normas, debido a que las reglas de derecho vigentes no satisfacen plenamente sus intereses. De esta forma, surgió el derecho mercantil, como una respuesta a las necesidades del tráfico económico. En esta primera etapa, este derecho fue consuetudinario, es decir, se formó a partir de las prácticas aceptadas por dichos comerciantes, por lo que podemos decir que surgió con un carácter universal, lo que hizo que se aplicara de forma internacional, con independencia de las fronteras entre los diversos países. Esto puede explicar la aplicación de una norma a una determinada situación, como por ejemplo la aplicación de la CISG a los contratos internacionales, que también se está consolidando a partir de la aplicación de los juzgadores.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la presente investigación doctoral ha sido sistematizada en cinco capítulos. El primer capítulo denominado «Aproximación a la CISG y a los contratos de distribución», donde ambientamos al lector presentándole tanto las consideraciones introductorias sobre la CISG, como también sobre el contrato de distribución y finalizamos exponiendo los argumentos más comunes que justifican el rechazo de la CISG a los contratos de distribución internacional.

En el capítulo II intitulado «La aplicación de la CISG a los contratos de distribución: La definición de la compraventa y el problema de los contratos mixtos», abordaremos el ámbito de aplicación de la CISG, donde observaremos que los contratos de distribución no hacen parte de los contratos excluidos por la CISG. Asimismo, la CISG extiende la definición clásica del contrato de compraventa para acuñar una definición más amplia y en línea con el tráfico comercial. En este sentido, el artículo 3 de la CISG nos presenta una definición más extensa y adecuada a los días actuales,

donde además de abarcar la obligación de dar, el artículo 3.1 amplía la definición clásica del contrato de compraventa para englobar también la obligación de hacer.

También en el capítulo II estudiaremos las vías que determinarán qué Derecho será aplicado a los contratos de distribución, que pueden ser tanto a través del principio de la autonomía de la voluntad, como también a través del Reglamento de Roma³. En relación a la aplicación de la CISG por voluntad de las partes poco hay que discutir, ya que se trata de un derecho de las partes determinar la ley que será empleada a los contratos. Por otro lado, cuando las partes nada establecen sobre cuál ley será aplicada al contrato, en caso de demanda, será el juez o el arbitro quienes determinarán qué ley será empleada. Para definir esta ley, se aplicará el Reglamento de Roma que nos llevará a la aplicación de la ley del establecimiento del distribuidor y en caso que el país del distribuidor tenga ratificado la CISG, está puede perfectamente ser consignada, como mínimo, para ser destinada a los contratos de compraventa que provengan del contrato de distribución. Sin embargo, nuestro objetivo en este trabajo es estudiar la posibilidad de la CISG ser aplicada no sólo al contrato de compraventa, sino también a las demás obligaciones que forman parte del contrato de distribución internacional.

En el capítulo III denominado «La aplicación de la CISG a los contratos marco de distribución: La formación del contrato y el precio», trataremos sobre uno de los motivos de rechazo de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, que es referente a la falta de los elementos esenciales del contrato en los contratos marco de distribución⁴, específicamente la falta de definición del precio, según lo establecido en el artículo 14 de la CISG.

³ Reglamento (CE) N.º 593/2008 del parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), se trata de normas uniformes que tiene como objeto determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales establecidas dentro de la Unión Europea. Sea aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. Si las partes no eligen una ley aplicable, el tipo de contrato determina las normas: Los contratos que tengan por objeto la compraventa, prestación de servicios, franquicia o distribución se rigen por la ley del país de residencia del vendedor, el prestatario del servicio o el franquiciado.

⁴ El contrato marco es el instrumento suscrito entre el fabricante y el distribuidor en cuyo interior se perfilan las relaciones entre productor y distribuidor tendentes a la ejecución del mismo. Regulando obligaciones, en el cual el fabricante por un tiempo definido o indefinido y, habitualmente, para una zona geográfica determinada, otorga la facultad al distribuidor de comprar y revender sus productos. Tal instrumento jurídico, también puede reflejar otras obligaciones, tales como la licencia de marca, los contratos de formación, el suministro de venta de las mercaderías al distribuidor, en su caso, las obligaciones de compra mínima pactadas, volumen mínimo de venta anual, etc. MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela.

Ya en el capítulo IV al cual nombramos de «Identificación y análisis de problemas específicos en los contratos de distribución y su relación con la CISG», estudiaremos uno de los elementos caracterizadores del contrato de distribución, que es el pacto de exclusiva, aspecto que la doctrina también declara que no se puede resolver por la CISG. En dicho capítulo trataremos de analizar el problema y estudiar la posible aplicación de la CISG a la obligación del pacto de exclusiva.

Finalmente, y a fin de completar el estudio de este trabajo, en el capítulo V, «La falta de conformidad y los contratos de distribución», trataremos de un tema bastante consolidado dentro de la CISG que es la falta de conformidad – obligación de entregar las mercaderías conforme a lo pactado. Se trata de una obligación recíproca entre fabricante y distribuidor. Debido a las características de este tipo de contrato, tal obligación representa especial importancia dentro del contrato de distribución internacional, ya que hasta que las mercaderías lleguen a su consumidor final, pueden pasar por varios intermediarios y todos ellos tienen el interés que las mercaderías estén conforme con lo pactado.

En esta oportunidad, trataremos tanto de la conformidad material – obligación de entregar las cantidades, embalaje, calidad, etc conforme a lo establecido entre las partes, como también estudiaremos la conformidad jurídica, que es la obligación de entregar las mercaderías que no estén sujetas a derechos ni pretensiones de terceros, además cubre los defectos en el título o los reclamos de terceros basados en la propiedad industrial o intelectual, establecidos por los artículos 41 y 42 de la CISG.

2000, pp. 125 y ss. En este mismo sentido, la sentencia del STJ de 19 de diciembre de 2013, en el Asunto C-9/2012: *Corman-Collins S. A.* Los contratos de distribución se presenta «en forma de un contrato marco que establece las reglas generales aplicables en el futuro a las relaciones entre concedente y concesionario en lo que atañe a sus obligaciones de suministro y/o de abastecimiento, y prepara los contratos de venta ulteriores».

CAPÍTULO I

ÁPROXIMACIÓN A LA CISG Y A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

En los contratos de compraventa internacional, siempre se ha perseguido la seguridad y estabilidad de las relaciones comerciales, y con la apertura de las fronteras a la libre circulación de personas y mercaderías, la mejora y la rapidez de los medios de transporte, así como con la informatización de los medios de comunicación, surge la necesidad de unificar el derecho aplicable a los intercambios comerciales internacionales.

Debido a los cambios provocados en las prácticas comerciales, surgió la necesidad de una nueva reglamentación y en consecuencia, salió a la luz la Convención de Viena de 1980 (en adelante CISG o la Convención). La CISG fue diseñada para regular los contratos de compraventa internacional de mercadería que se realiza entre profesionales, posee un carácter enteramente dispositivo, por lo tanto no contiene regla imperativa⁵. Tal es así que encontramos, tanto en el preámbulo, como en el artículo 1 de la CISG, la finalidad aparente de su aplicación, es decir, a los contratos de compraventa internacional de mercaderías⁶.

Sin embargo, haciendo un análisis detenidamente de sus artículos, se puede comprobar que la ley uniforme puede ser aplicada a otros tipos de contrato. En este sentido, la CISG nos ofrece la posibilidad de aplicarla a contratos en los que el vendedor asume, además de la obligación de entregar las mercaderías, traspasar la

⁵ VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS. «Análisis crítico de las disposiciones de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías». *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid: Civitas, N.º 217, julio-septiembre, 1995, p. 1.074.

⁶ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998; LUIZ FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA. *La compraventa internacional de mercaderías*. En ALFONSO LUÍS CALVO CARAVACA Y LUIZ FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA (dir.). *Contratos internacionales*. Madrid: Tecno, 1997; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Valencia: Tirant lo Blanch 2002, p. 175; CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*. Sevilla: Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, 2000, p. 84 y HONNOLD O., JOHN. *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid: Derecho Reunidas, 1987; MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*. Granada: Colmares, 2004.

propiedad y facilitar los documentos, la de suministrar mano de obra o la de prestación de servicios⁷.

Observamos, que se tratan de tipos contractuales que superan el esquema clásico del contrato de compraventa, ampliando así el ámbito de aplicación a los denominados contratos mixtos, que contienen una fusión de diversos tipos de obligaciones, como dar, hacer o no hacer⁸. En esta línea, la CISG nos proporciona una definición moderna, si comparamos con las definiciones tradicionales de contratos de compraventa abarcadas por el cuerpo de normas nacional, tratándose, pues de una terminología flexible y práctica, que por supuesto corresponde más a los días actuales.

En este propósito, la modernización de la terminología, conjuntamente con las herramientas que el Derecho nos proporciona y todo esto, unido a que el Derecho Internacional Privado se revela insuficiente para resolver los problemas que constantemente se produce en los contratos de distribución⁹ internacional, delante de tal panorama, hemos visto las condiciones óptimas para estudiar, en el presente trabajo, la posibilidad de aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional¹⁰.

⁷ LUIZ FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA. *La compraventa internacional de mercaderías*, en ALFONSO LUÍS CALVO CARAVACA Y LUÍZ FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA (dir.). *Contratos internacionales*. Madrid: Tecno, 1997, pp. 144-147; ALFONSO LUÍS CALVO CARAVACA. «Artículo 1 de la Convención de Viena», en DIEZ (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, pp. 45-59; PILTZ, BURGHARD. «El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías».

, España: La Ley, N.º 3.063, Tomo 3, agosto de 1992, pp. 942-949; Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

⁸ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

⁹ En el presente trabajo nos referimos a una noción estricta del contrato de distribución, es decir, no estaremos tratando de los contratos de intermediación, como por ejemplo los contratos de agencia, comisión y mediación. Los contratos que se encajan bajo la categoría de distribución tienen en común el hecho de tratarse de contratos generalmente atípicos.

¹⁰ Tanto la Convención como las normas de Derecho Internacional Privado de un foro versan sobre los contratos internacionales. Por tanto, antes de examinar el ámbito de aplicación sustantivo, internacional y territorial de la Convención, se debe estudiar su relación con las normas de derecho internacional privado. De acuerdo con la jurisprudencia, antes de recurrir al derecho internacional privado, los Tribunales de los

II. EL PASADO, EL PRESENTE Y EL FUTURO DE LA CISG

La idea de dar vida a una reglamentación uniforme de la compraventa internacional fue propuesto por el jurista alemán ERNEST REBEL, que decidió emprender los trabajos preparatorios y crear un grupo de trabajo con expertos en la materia¹¹. En la línea de esta idea se creó el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* – (International Institute for the Unification of Private law)¹², más conocido por su acrónimo en inglés UNIDROIT, con sede en Roma fundado en el año 1926 como un órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones Unidas, con el objetivo de promover la unificación y armonización del derecho privado internacional¹³. Se trataba de constituir un grupo¹⁴ de trabajo con la

Estados Contratantes tienen que decidir si la Convención es aplicable. Dicho de otro modo, el recurso a la Convención prevalece sobre el recurso al derecho internacional privado del foro. Ello es así, porque al tratarse de una Convención de derecho sustantivo, las normas de la CISG son más específicas y conducen directamente a una solución sustantiva, en tanto que recurrir al derecho internacional privado requiere un enfoque en dos etapas (determinación de la ley aplicable y aplicación de la misma). Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Viena, Nueva York, 2016; Vid. CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GOZÁLEZ, JAVIER. *Curso de contratación internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2006.

¹¹ Vid. ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. «El derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1993, pp. 37 y ss; GARRO, ALEJANDRO MIGUEL. *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, 1985, pp. 693-707. Garro indica en este texto que los esfuerzos por lograr la unificación normativa del comercio internacional de mercaderías se remonta a una iniciativa holandesa del siglo pasado. Esta iniciativa no logró los resultados que se esperaban, y sólo los países escandinavos y de la Comunidad Británica de Naciones lograron llevar a la práctica la ansiada unificación. La Asociación de Derecho Internacional (International Law Association), en la reunión que tuvo lugar en 1924 en Estocolmo, también designó una comisión para discutir la posible unificación normativa de la compraventa internacional. Esta comisión preparó un proyecto de ley uniforme cuya discusión fue programada para la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 1928.

¹² Vid. ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. *Los Principios UNIDROIT: ¿una nueva lengua franca para la redacción de los contratos comerciales internacionales?*, MORÁN BOVIO, DAVID (coord.), Comentario a los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, Arazando, Navarra, 2003; Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004/ UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Ed. Thomson Arazandi, Roma, 2007.

¹³ ESPINA OTERO, ALBERTO Y QUINTANA HURTADO, ALEJANDRO. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1985, p. 52. Esta obra, a pesar de ser presentada como «una síntesis de las observaciones efectuadas en las sesiones plenarias por las Comisiones encargadas de redactar la Convención y de aquellos documentos preparados con anterioridad a la Conferencia y que contienen las opiniones de los Estados y organizaciones internacionales» (*Presentación*, p. 12) es, al menos en la parte relativa a la formación del contrato, que se ha estudiado con detenimiento, una traducción simplificada del *CNUDMI-UNCITRAL Secretariat Commentary* (Documento A/CONF.97/5) a las provisiones del Proyecto de Convención. El lector interesado puede consultar en Internet el texto del Comentario, junto con todos los demás documentos concernientes a la Convención. www.CISG.law.pace.edu/.

finalidad de redactar los capítulos de los principios, que debían contener normas sobre la formación contractual y la ejecución del contrato¹⁵, este grupo estaba compuesto por representantes de los principales sistemas jurídicos del mundo, técnicos del Derecho de los contratos y del Derecho del comercio internacional¹⁶.

El instituto internacional UNIDROIT nacido con el objetivo señalado, se propuso estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los Estados, y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional uniforme. Se trataba de lograr una armonización - sincronización de las reglas de los diferentes sistemas jurídicos, que fueran posibles su aplicación en todo el mundo independientemente de las tradiciones jurídicas y de las condiciones económicas y políticas de los países en que iban a ser aplicadas¹⁷.

Se inicia así una labor informadora que encuentra, sin embargo, un importante obstáculo con la segunda guerra mundial, la cual obligó a la interrupción de los trabajos. Un obstáculo que, sin embargo, no fue definitivo ya que los trabajos se reemprendieron inmediatamente después de la misma, dando como resultado la promulgación, entre el 2 y el 25 de abril de 1964, de las Leyes Uniforme de La

¹⁴ El grupo de trabajo se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos, entre ellos MICHAEL JOACHIM BONNEL, ALLAN FOMS WORTH Y ALEJANDRO MIGUEL GARRO, OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 28.

¹⁵ El UNIDROIT fue constituido con el Decreto Ley de 3 de septiembre de 1926, n. ° 220 e inaugurado el 30 de mayo de 1928; FRANCO, FERRARI. «El ámbito de aplicación del Convenio de Viena sobre la compraventa internacional», *Revista del Derecho Mercantil*, n. ° 221, julio-septiembre, Madrid, 1996.

¹⁶ Antes de 1926, ya había importantes compilaciones hechas, como por ejemplo la *Sale of Goods Act* inglesa de 1893 reemplazada por la actual de 1979, que solamente contiene disposiciones relativas a la formación contractual; La *Ley Uniforme sobre Venta de Mercaderías* de 1905 de los países escandinavos, y el *Projet de Code des Obligations et des Contrats* elaborado en los años veinte por un grupo compuesto por juristas italianos y franceses, liderados por Vittorop Sciajola, que pretendían dar el primer paso hacia la creación de un nuevo *ius commune* de Europa. No podemos dejar de mencionar el intento de la América Hispana de unificar el Derecho Internacional Privado, incluso mucho antes que los europeos, con el Tratado de Derecho Civil Internacional en 1889 de Montevideo, actualmente en vigor, y fueron pioneros en la regulación de la competencia internacional en el ámbito multilateral, denominado *Código Bustamante*, que fue elaborado en la Conferencia Panamericana celebrada en La Habana en 1928. Sobre el particular, PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. op. cit., p. 43 y CUEVILLAS MATOZZI, IGNACIO. *La Oferta Contractual en el Comercio Internacional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, p. 26.

¹⁷ Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, Thomson Aranzadi, Roma, 2004. p. XV.

Haya¹⁸. Estas leyes fueron materializadas en dos convenciones, la Ley Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (LUCI) [en inglés (ULFC)] y la Ley Uniforme relativa a la Formación de Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (LUFVI)¹⁹ [en inglés (ULIS)], firmadas el 1 de julio siguiente, pero que no entraron en vigor hasta el 18 de agosto del mismo año²⁰.

Ahora bien, a pesar de los esfuerzos, dichas leyes uniformes no tuvieron el éxito esperado, debido a diversas razones. En primer lugar, y probablemente la más importante, en virtud de la escasa representación mundial. Así, veintidós de los veintiocho países involucrados eran europeos o países desarrollados occidentales, mientras que sólo estuvieron representados tres países en desarrollo y tres de la Europa del Este, lo cual da una idea de la configuración jurídica de la Convención²¹. En segundo lugar, suscitó numerosas críticas la rapidez con la que se redactaron las leyes, así como el hecho que se adoptaron «bajo presión» por parte de los delegados que formaban parte del Comité de redacción²². Finalmente, otro motivo muy importante que se puede apuntar es la ausencia de referencia al sistema jurídico

¹⁸ La Convención de La Haya representa una tentativa muy importante de crear una disciplina uniforme sobre las normas sustanciales de una compraventa internacional, si bien no faltan otros s (regionales). Al respecto, baste recordar que en América Latina se publicó el «Proyecto de Buenos Aires» en 1953; proyecto de Convención que tenía por objeto la uniformización de la disciplina de la compraventa internacional. FERRARI, FRANCO, «El ámbito de aplicación del Convenio de Viena sobre la compraventa internacional», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1996, pp. 848 y ss. BORRÁS, ALEGRÍA Y GONZÁLEZ CAMPO, JULIO. *Recopilación de los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 36.

¹⁹ Esta bipartición de la materia, que dividía la regulación de la formación y del contenido del contrato, respondía al deseo de lograr la máxima aceptación de estos instrumentos por los Estados y, así como al temor de que la resistencia a adoptar las normas sobre formación del contrato determinase el rechazo en bloque de toda la normativa uniforme. La técnica de la división de las leyes, tenía el objetivo de proporcionar libertad a los Estados para aceptar ambas o, simplemente, una de ellas. Pero, con todos los esfuerzos de lograr la recepción de una nueva norma uniforme, su aceptación fue escasa.

²⁰ HONNOLD O., JOHN. *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid: Derecho Reunidas, 1987, p. 71.

²¹ La doctrina es unánime al señalar como una de las principales debilidades de las leyes la falta de participación en la elaboración de ese Derecho uniforme del comercio internacional de los países del «tercer mundo» o en «vía de desarrollo». La mayoría de los países que participaron de la Convención eran europeos- República Federal de Alemania, Bélgica, Italia, Luxemburgo, Holanda, San Marino y Reino Unido, y entre los no europeos se encontraban Gambia e Israel. La Ley Uniforme daba la impresión de que se había hecho para países económicamente – industrialmente – desarrollados, y geográficamente cercanos.

²² PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 59.

anglosajón²³. Circunstancias éstas que tuvieron como consecuencia inmediata el fracaso de la Convención, surgiendo a razón del no éxito, la convicción que para tener un éxito a escala mundial se precisaba la participación global y el apoyo de un organismo con mayor representación internacional²⁴.

En esta idea, la Asamblea General de las Naciones Unidas funda el 17 de diciembre de 1966²⁵ un organismo con representación mundial denominado *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*²⁶ (en adelante también CNUDMI - o su sigla en inglés UNCITRAL - *United Nations Commision International Trade Law*)²⁷. La CNUDMI se presenta así como un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el mandato general de promover la armonización y unificación del Derecho Mercantil Internacional²⁸.

En el empeño de lograr una Convención uniforme en materia de compraventa la comisión designó dos Comisiones en las que estaban todos los Estados representados²⁹. De lo que se trataba era de lograr un texto que facilitase la

²³ MEDINA, LEMUS. *La venta internacional de mercaderías*. Madrid: Bosh, 1995, p. 43.

²⁴ HONNOLD O., JONH. op. cit., p. 72.

²⁵ Página web www.uncitral.org.

²⁶ Esta vez la Comisión fue compuesta de diferente manera si comparamos con las Comisiones responsables LUCI y la LUFVI. CNUDMI acertadamente colocó representantes de los diferentes sistemas jurídicos, políticos y económicos del mundo, tanto de los países desarrollados como de los países en desarrollo.

²⁷ Hoy la Convención de La Haya es prácticamente insignificante por la existencia de la Convención de Viena de 1980. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. op. cit., p. 50.

²⁸ OLIVENCIA RUIZ, MANUEL. «*La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Antecedentes históricos y Estado actual*». Revista de Derecho Mercantil, 1992, pp. 394 y ss. Las actividades de UNCINTRAL es básicamente las siguiente: La elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial; La preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico; La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno; La prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación y la organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme. www.uncitral.com.

²⁹ La Primera Comisión preparó las disposiciones principales de la Convención (parte I a III), mientras que la Segunda se dedicó a las disposiciones finales de lo mismo (parte IV). PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. op. cit., p. 57.

aceptación del mayor número de países, independientemente de su cultura, economía, sistemas jurídicos, factores sociales o políticos³⁰.

De esta manera, a lo largo de los trabajos preparatorios se realizaron cambios necesarios a las dos leyes presentadas en la Convención de La Haya, a fin que ambas leyes uniformes tuviesen en cuenta los intereses de un gran número de países con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos. Así pues, inicialmente CNUDMI siguió los mismos pasos que sus predecesores decidiendo trabajar separadamente sobre los textos de la Haya. En este sentido, en enero de 1976, finalizó el trabajo basado en la LUVI, recibiendo forma en un Proyecto de Convención sobre compraventa que fue ratificado, después de unos pocos cambios en la X Conferencia de CNUDMI en Viena. En 1977, finalizó el trabajo sobre la LUFVI, dando lugar a un Proyecto de Convención sobre la formación, cuya discusión final tuvo lugar en la XI sesión de CNUDMI en 1978 en Nueva York³¹. En esta misma sesión, en la Asamblea General de las Naciones Unidas se decidió el 16 de junio combinar los dos proyectos en un único Proyecto de Convención sobre contratos de compraventa internacional, que recibió aprobación unánime por parte de la Comisión³².

La CISG se consolida como el texto más brillante de los que acceden a la denominada nueva *Lex mercatoria* y con el mayor éxito registrado respecto a la unificación y armonización del derecho no uniforme³³. Para corroborar esa idea basta señalar el número de países que la han firmado. Hoy la CISG está vigente en ochenta

³⁰ *Ibidem*, p. 50.

³¹ La CISG se reúne una vez al año, normalmente en el verano, alternativamente en Nueva York y en Viena. www.uncitral.org.

³² Entre el 10 de marzo y 11 de abril de 1980 en Viena, fue realizada la Conferencia Diplomática con el objetivo de finalizar y aprobar el proyecto de Convención de CNUCCIM. Participaron los representantes de sesenta y dos (62) Estados, más Venezuela que participó como observador y de ocho (8) organizaciones internacionales. Participaron las organizaciones internacionales: World Bank, Bank for International Settlements, Central Office for International Railway Transport, Council of Europe, Comunidad Económica Europea, Conferencia de La Haya sobre «Derecho Internacional Privado», UNIDROIT e ICC (Internacional Chamber of Commerce).

³³ Preámbulo de la Convención de Viena: «*Estimando que las adopción de normas aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promover el desarrollo del comercio internacional*».

y cinco países³⁴. En ella están representados cinco grupos regionales: Estados de África; Estados de América Latina y el Caribe; Estados de Asia; Estados de Europa Occidental; Estados de Europa Oriental y otros Estados.

Las razones del considerable éxito de la CISG son múltiples. Así, en primer lugar, la Convención no sólo consiguió, admirablemente unir en la misma norma jurídica los sistemas del *common law* y del *civil law* reuniendo los principales fundamentos en los que se basan la gran mayoría de los sistemas jurídicos, sino que los involucró con sistemas tradicional y culturalmente diferentes. Tales como legislaciones con fuerte influencia del derecho islámico, o sistemas basados en una economía planificada y centralizada, ofreciendo una inestimable línea armonizadora entre ellos. Se logró así un modelo con una superioridad técnica nunca vista antes³⁵ y no sólo por su contenido, sino también, tal y como hemos presentado, por la capacidad de armonización de los diferentes sistemas jurídicos³⁶.

³⁴ Página web http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

³⁵ La CISG se trata de un sistema moderno, fruto de un compromiso entre el derecho anglosajón y el continental, es aplaudido, como la respuesta a la crítica norteamericana de la rigidez de los derechos europeos; o acusado de corromper el sistema inglés y debilitar la seguridad jurídica. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. op. cit., p. 58. QUIÑONES ESCÁMEZ, ANA. «El relativo éxito de la Conferencia de La Haya en materia de venta: El Convenio sobre ley aplicable a la compraventa internacional (1986)», *Revista jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1993, p. 318.

³⁶ No podemos dejar de resaltar la importancia de las diferentes personas que desde distintos puntos del mundo contribuyeron y todavía contribuyen para la difusión, la enseñanza y la aplicación de este gran instrumento jurídico que es la Convención de Viena. Albert Kritzer desde su Instituto para el Comercio Internacional en Pace University (White Plains, Nueva York, EEUU) ha creado una cátedra jurídica para la Convención de Viena, organizando cursos, seminarios y debates, integrando la Convención de Viena en una formidable base de datos por Internet; El profesor Michael R. Will en Ginebra, quien ya lleva reseñados más de doscientos fallos y la creciente bibliografía sobre Convención de Viena; Claude Witz en Saarbrücken desde el Centro de Estudios Europeos, en la frontera franco- alemana, organiza conferencias, una base de datos; en Alemania Burghard Piltz actualiza anualmente la jurisprudencia sobre Convención de Viena, que el profesor Peter Schlechtriem ha organizado en otro banco de datos con la copiosa jurisprudencia alemana que también puede consultarse por Internet; Michael- Joachim Bonnell de UNIDROIT también ha compilado una base de datos UNILEX; el profesor Harry Flechtner sigue la jurisprudencia de los Tribunales norteamericanos desde la Universidad de Pittsburgh; la Universidad de Cornell se ha lanzado con la edición de una revista jurídica dedicada exclusivamente a Convención de Viena; y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, continúa con su recopilación y difusión de sentencias sobre Convención de Viena. Tampoco debe olvidarse en el mundo hispanoparlante la contribución pionera del desaparecido jurista mejicano Jorge Barrera Graf y los profesores de la Universidad Carlos III de Madrid, María del Pilar Perales Viscasillas y Rafael Illescas Ortiz, responsables por difundir la aplicación de la Convención de Viena en España, y dentro de numerosos trabajos realizados, destacamos la organización de la mayor y más importante Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil (Moot), entre otros propósitos, resaltamos el objetivo de difundir entre los estudiantes de Derecho el uso de los textos legales de Derecho Uniforme,

La CISG es un instrumento de derecho uniforme que ya nació con vocación universal de aplicabilidad, y ésta será mayor en el futuro porque cada vez se busca más la reducción de costes, la seguridad y la estabilidad en las relaciones comerciales³⁷. Debido a esto, en la práctica, la CISG transmite a los beneficiarios directos que son los distribuidores involucrados en la contratación internacional de compraventa, la seguridad jurídica y el equilibrio en las relaciones comerciales, que ellos buscan en virtud de la certeza de la aplicación de un derecho neutro³⁸. La CISG excluye la incertidumbre sobre qué derecho será aplicado, acabándose de este modo con la posibilidad de obtener beneficios jurídicos debido al uso de las leyes interna de cada país³⁹.

Por consiguiente, la CISG por sus características aporta un estímulo a los pequeños y medianos empresarios, una vez que ellos tienen la certeza de la aplicación de una norma uniforme neutra, ya que antes de la aprobación de la Convención de Viena estos operadores se sometían a la aplicabilidad del Derecho impuesto por las grandes empresas. De esta forma, eran perjudicadas en virtud de tratarse de un Derecho extraño al suyo. Por ser pequeñas empresas, con poco capital,

tanto de la Convención de Viena de 1980, como otros textos del Derecho Mercantil Internacional Convención de Viena y otros instrumentos del derecho comercial internacional.

³⁷ Para una sintética descripción del largo proceso de unificación del derecho mercantil internacional puede consultarse la «Introducción histórica al Proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías preparada por la Secretaría jurídica de CNUDMI», (A/CONF.97/5), en Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena 10 de marzo, 11 de abril de 1980. Documentos oficiales (A/CONF.97/19), Nueva York: Naciones Unidas, 1981, p. 3 - 5. Los trabajos preparatorios de la Conferencia de Viena se encuentran precisamente en estos Documentos Oficiales (Official Records), así como, en el Anuario de la CNUDMI (Yearbook)(vol.I-X). Una recopilación muy útil es la del Profesor John Honnold: *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*. Deventer: Kluwer, 1989. Vid. HONNOLD O., JOHN, *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Derecho Reunidas, Madrid, 1987; BIANCA, C.M., y BONELL, M.J. (coord). *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Convention*. Milan: Giuffrè, 1987; y CAEMMERER, von, E., y SCHLECHTRIEM, P. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München: Verlag C.H.Beck, 1990.

³⁸ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coordinado por Juan Luis Prada, Editorial Civitas, S.A., volumen 4, 1996, pp. 5210-5237.

³⁹ GAMA JÚNOIR, LAURO. «A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias 1980: essa grande desconhecida». *Revista de Arbitragem e Mediação*. N.º 9, São Paulo, pp. 134 - 149, abril/junho, 2006; La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos De Compraventa Internacional de Mercaderías. Por GARRO, ALEJANDRO MIGUEL Y ZUPPI, ALBERTO LUIS, Consultada en la página web: www.convencion-de-viena.law.pace.edu/cisg/text/garro-zuppi.html.

no disponían de una asesoría jurídica capaz de defenderlos ante una posible demanda judicial. Ocurre muchas veces que en las pequeñas empresas, se llega a tener que desistir de una disputa judicial debido al alto coste de las transacciones procesales.

Asimismo, por su carácter internacional, la CISG evita el uso de una terminología específica de un sistema jurídico determinado, predominando su carácter flexible y práctico para que de este modo sus raíces puedan sostener los continuos cambios provocados por el desarrollo político, tecnológico y económico en las prácticas comerciales internacionales. Con gran destreza la CISG trata de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales, así como imponer criterios de comportamiento razonable.

Por ende, la CISG unifica la normativa sustantiva en materia de compraventa internacional de mercancías, evitando, de esa forma, las disfuncionalidades existentes por la coexistencia de distintas soluciones nacionales en la materia. Soluciones, generalmente antiguas y que no fueron diseñadas para regular supuestos de tráfico internacional⁴⁰. Sin embargo, no regula expresamente todas las compraventas internacionales, ni tampoco, todos los aspectos de ellas.

La CISG tiene un futuro prometedor debido al gran éxito de su aplicación en el ámbito de los contratos de compraventa internacional. La tendencia es que la CISG sea aplicada no sólo a los contratos de compraventa internacional⁴¹, sino

⁴⁰ Para un comentario general sobre el proyecto de convención de 1978: HONNOLD O., JONH. «The Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Overview», *American Journal of Comparative Law*, 1979, vol. 27, N.º 2 y 3, pp. 223 y ss.

⁴¹ Como se puede observar en el caso número 1180, número de la CLOUT 122, Tribunal de Apelación del Estado de São Paulo – Sala Cuarta de Derecho, Brasil, 24 de abril de 2008, el Tribunal aplicó el artículo 72 de la CISG a un contrato de compraventa de un inmueble, siendo las partes brasileñas y el piso situado en Brasil. El Tribunal de Apelación de São Paulo revocó la sentencia que condenaba a la parte compradora a pagar las cuotas del préstamo hipotecario, más una sanción del 10%. La parte compradora dejó de pagarlas porque el vendedor no cumplió con los plazos de entrega. Para revocar la sentencia, el Magistrado aplicó la doctrina *exceptio non adimpleti contractus*, remitiéndose a la disposiciones contenidas en el artículo 72 de la CISG, y declaró que una parte que incurriera en incumplimiento no podría exigir a la otra parte que cumpliera con sus obligaciones. La sentencia fue revocada; los compradores quedaron eximidos del pago y el vendedor fue obligado a pagar las costas judiciales; Otro caso es la sentencia interesante es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) (N.º 783/2003), de 27 septiembre 2003. El caso versa sobre el alquiler de equipos de esquí para un grupo escolar entre un particular y una agencia de viajes. Las partes discuten sobre el precio del alquiler del equipo de esquí, sobre este asunto la Audiencia Provincial se refiere a las disposiciones de la CISG, en concreto al artículo 55, así como al artículo 277 del Código de Comercio, para indicar que «por la libertad formal y la rapidez de la contratación en el comercio, no es rara la circunstancia de que no se determine el precio».

también a contratos de compraventa nacionales y a otros tipos de contratos⁴². Como por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Bogotá, Colombia, del 16 diciembre de 2010. El Tribunal, por motivación propia, aplica la CISG por analogía a un procedimiento que trataba de contrato de transporte. En el presente caso, se aplicó el artículo 77 de la CISG, que trata de la obligación de la parte que invoca el incumplimiento de tomar las medidas para reducir las pérdidas, incluido el lucro cesante.

En este mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Bogotá, Colombia, de 30 de agosto de 2011, el demandante pidió que se declarara la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada por incumplimiento a los contratos de afiliación o vinculación de unos vehículos determinados. En este caso, el Tribunal hace referencia a los artículos 49 a 64 de la CISG, que autorizan a cada parte para declarar resuelto el contrato por incumplimiento esencial, y diferir el cumplimiento en los contratos con entregas sucesivas cuando es manifiesto “

”.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Bogotá, Colombia, de 21 de febrero de 2012, en el procedimiento judicial ordinario se solicitó la revisión del contrato de préstamo de vivienda, donde de forma indirecta se aplica el artículo 79 de la CISG.

En este sentido, llevando en consideración que la CISG posee un carácter internacional de aplicabilidad, se caracteriza por su flexibilidad y practicidad, aportando seguridad jurídica y equilibrio en las relaciones comerciales. Además contiene tipologías que encajan en los contratos de distribución y podría aportar una solución jurídica adecuada, una vez que este tipo de contrato carece de regulación específica. Lo que nos lleva a cuestionarnos, si cabe, la aplicación de la CISG en los

⁴² Todas las sentencias fueron sacadas de la base de datos de la Universidad Carlos III – CISG. <http://www.cisgspanish.com/>; En este mismo sentido, el caso número 1180, número de la CLOUT 122, Tribunal de Apelación del Estado de São Paulo – Sala 16ª de Derecho Privado, Brasil, 24 de abril de 2008. El Tribunal aplicó la CISG al caso que versaba sobre un contrato de distribución de combustible. Aplicando el artículo 77 de la CISG sobre la cuestión de la responsabilidad de la parte que invoque el incumplimiento del contrato.

contratos de distribución. Intentaremos resolver tal problemática a lo largo de este trabajo.

1. EL CARÁCTER INTERNACIONAL DEL CONTRATO

Referente a la naturaleza internacional del contrato, se describe en el artículo 1 de la CISG⁴³, que la Convención solamente se aplicará si se cumplen dos requisitos básicos⁴⁴. En primer lugar, la compraventa debe ser internacional, es decir, el vendedor y el comprador deben tener sus establecimientos en Estados diferentes⁴⁵. El segundo requisito dice que la compraventa debe tener una relación con uno o más Estados que se hayan adherido a la CISG o que su Derecho interno prevea la aplicación de la ley de un Estado Contratante⁴⁶.

⁴³ Artículo 1 de la CISG: «1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ellos no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato».

⁴⁴ Los contratos pueden ser internacionales por causas muy diferentes: sede de los contratantes en diversos países, objeto del contrato sito en país extranjero, lugar de celebración, repercusión internacional del contrato, etc. CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Cuestiones actuales del derecho mercantil*, Directores: ALONSO LUIS CARAVACA Y SANTIAGO AREAL LUDEÑA. Ed. Colex, 2005, pp. 349 y ss.

⁴⁵ Vid. Número del caso 917, número de la CLOUT 91, de 24 de octubre de 2006, Croacia. Un vendedor esloveno y un comprador croata concertaron un contrato para la compraventa de tintes. El comprador no pagó el precio por las mercancías entregadas. Por eso el vendedor entabló un litigio ante el Tribunal mercantil de Varaždin. En apelación, el Tribunal de Segunda Instancia sostuvo que el Tribunal de Varaždin había errado al aplicar el derecho interno de Croacia, ya que debería haber aplicado la Convención de Viena, al tener las partes sus establecimientos en el territorio de distintos Estados que eran partes en esta Convención. El Tribunal revocó la decisión del Tribunal de primera instancia y le ordenó que aplicara la Convención de Viena. El Tribunal dictaminó que, con arreglo al artículo 7 (2) de la Convención de Viena, el derecho interno esloveno sería aplicable para la determinación del tipo de interés; En el mismo sentido Número del caso 913, número de la CLOUT 91, High Commercial Court de, Croacia, 27 de septiembre de 2007.

⁴⁶ A pesar de esta taxativa afirmación, en el apartado 2 del artículo 1, introduce una matización a este principio, al señalar que la presencia de establecimientos en Estados diferentes se desatiende cuando ella no resulte del contrato, ni de los tratos entre las partes, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. Asimismo, el hecho que el lugar de la celebración del contrato se encuentre en un Estado diferente de aquél en el que se procede al cumplimiento, no hace *per se*, que ese contrato sea internacional. Por otro lado, En este sentido, el apartado 3 del artículo 1 de la Convención de Viena define que a los efectos para determinar la

Como acabamos de ver, la CISG entiende por contrato internacional cuando las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Aproximando estas reglas para el contrato de distribución internacional no cabe la menor duda, que este tipo de contrato responde al requisito de internacionalidad que exige la CISG para su aplicación, ya que en el contrato de distribución internacional siempre se verifica la transferencia de las mercaderías y/o servicios de un país al otro, es decir, se verifican las típicas relaciones sinalagmáticas de intercambio, en tanto que su finalidad es la de asegurar el desplazamiento o transmisión de la propiedad de unos bienes o servicios desde la esfera dominical de un productor internacional hacia la de un distribuidor local⁴⁷.

Sobre el pilar de esta postura, se considera que la presencia de establecimientos en Estados diferentes constituye, pues, el elemento determinante para afirmar la condición internacional de un contrato de compraventa para la aplicación de la CISG. Sin embargo, ello plantea directamente la cuestión del significado de establecimiento.

2. EL TÉRMINO «ESTABLECIMIENTO»

El término *establecimiento* ocupa un lugar central en el conjunto normativo de la CISG, no sólo porque aparece como un elemento clave del criterio utilizado

aplicación de la CISG, no se tendrán en cuenta la nacionalidad de las partes. Otro factor que la CISG no lleva en consideración, para los efectos de la aplicabilidad, es el carácter civil o comercial de las partes. Ya que, la Convención no define quién puede ser parte en un contrato de compraventa internacional, la cuestión debe resolverse por remisión a la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro. Vid. ESPLUGUES MOTA, CARLOS. *Compraventa internacional de mercadería*, Impiva, Valencia, 1993, p. 20; CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Contratos internacionales*, Coord. BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR. Tecnos, Madrid, 1997, p. 162. Por consiguiente, la Convención protege la confianza de las partes en lo que parece ser un marco nacional de una operación. La parte que sostiene que la Convención no es aplicable porque el carácter internacional del contrato no era manifiesto, debe probar su afirmación.

⁴⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 408; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ. «Los contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable» en Alberto Alonso Ureba y otros (Dirs.), *Los contratos de distribución*, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, 2010, pp. 221-240; FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. «Tratado del arbitraje comercial en América Latina», Iustel, Madrid, 2008, p. 829.

para la aplicación de la Convención⁴⁸, sino también porque es invocado a lo largo del texto legal en muy diversas sedes jurídicas⁴⁹. Así pues, teniendo en cuenta su importancia, resulta evidente la necesidad de clarificar y delimitar la noción técnica de establecimiento⁵⁰.

Bien es verdad, que llama la atención el hecho que un término tan determinante y asiduamente empleado carezca de cualquier tipo de definición en la CISG⁵¹. Sin embargo, en nuestra opinión, la ausencia de una definición expresa sobre el concepto de establecimiento, debe ser interpretada como una manifestación más de la necesidad inherente a cualquier texto uniforme supranacional, de lograr un compromiso global y capaz de ser aceptada por todos. Con la finalidad de evitar la proliferación de interminables discusiones que, tal y como se puso de manifiesto en sede preparatoria de la CISG, finalmente sólo conducen a un callejón sin salida⁵², por

⁴⁸ MARTINEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balear, Servei de Biblioteca i Documentació, 2006, pp. 132 y ss.

⁴⁹ La CISG no lleva en consideración el movimiento transnacional de las mercancías objeto del contrato como podría parecer lógico, sino por el establecimiento en diferentes países de las partes que contratan. ENRICH, ENRIC Y JAIME MALET. «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías», *Revista Jurídica de Catalunya*, Any XC-Núm. 1, Barcelona, 1991, pp. 133-150.

⁵⁰ Además, la importancia del precepto «establecimiento» supera los límites de su función inicial, ya que en un considerable número de artículos se refiere directamente o indirectamente al «establecimiento» en la Convención de Viena: por ejemplo, Art. 10; Art. 12; Art. 18, párrafo 2; Art. 20, párrafo 1; Art. 24; Art. 31, párrafo (c); Art. 42, párrafo 1 (c); Art. 57, párrafo 1 (a); Art. 69 (2). Vid. ADAME GODDARD, JORGE. *Estudio sobre la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 32.

⁵¹ Véase Número del caso 915, número de la CLOUT 91, High Commercial Court, Croacia, de 20 de febrero de 2007. Un vendedor italiano interpuso una acción contra un comprador croata ante el Tribunal mercantil de Rijeka para obtener el pago del precio de unas mercancías que se entregaron sin que se formulara objeción alguna. El Tribunal falló a favor del vendedor. Al pronunciarse en apelación, el Tribunal Mercantil de Segunda Instancia confirmó la sentencia del Tribunal inferior. El Tribunal sostuvo que el Tribunal de primera instancia había errado al aplicar el derecho interno de Croacia en vez de la Convención de Viena. El Tribunal dictaminó que la Convención de Viena era aplicable a este caso con arreglo a su artículo 1 a), dado que las partes en el contrato tenían sus establecimientos en el territorio de distintos Estados contratantes. Al no haberse alegado ningún motivo explícito o implícito para su exclusión, el Tribunal sostuvo que la Convención era aplicable al contrato.

⁵² Documento A/CONF.97/9, p. 80; Documento A/CONF.97/11, pp. 97 y 98; Documento A/CONF.97/SR.6 – 6ª Sesión plenaria, pp. 221 y 222. Durante la 6ª Sesión plenaria, surgieron notables diferencias interpretativas en torno del concepto de establecimiento. Así, mientras las delegaciones de Bélgica y Argentina propusieron que se aceptara la definición de establecimiento como el «lugar en el que una parte posee una sede comercial fija o permanente con el poder de negociar y concluir en su nombre contratos de compraventa», la delegación noruega entendía que bastaba con que a la sede comercial permanente se le reconociese el poder de dirigir las negociaciones, siendo indiferente la capacidad para concluir dichos contratos. Los representantes de Bélgica y Argentina presentan una

lo cual, los legisladores han decidido oportunamente dejar a este concepto sin definir⁵³.

En este sentido, la CISG toma como concepto de compraventa internacional aquella realizada entre empresas que se encuentran en diferentes Estados y en la mayoría de los casos esos Estados deben ser signatarios de la CISG, ya que habrán Estados que no sean contratantes, pero que la legislación interna permita su aplicación. Y por otro lado, hay países que no permiten tal maniobra jurídica.

Ahora bien, a la vista de las características que debe reunir un establecimiento para ser tomado en cuenta por la CISG, cabe hacerse la siguiente pregunta, ¿el establecimiento debe ser, en todo caso, el centro principal encargado de las funciones directivas de una empresa, o, por el contrario, puede considerarse también como tal a una sede secundaria? La respuesta a esta cuestión asume una indudable trascendencia práctica en el mundo de los negocios actuales, habida cuenta de la importancia que tienen ciertas figuras como las sucursales, filiales o agencias secundarias en el ámbito de la contratación de las grandes empresas y entidades comerciales multinacionales. En especial al tema que nos ocupa, ya que en los contratos de distribución es común la existencia de no sólo del establecimiento del distribuidor, sino también de una red de distribución, albergando varios establecimientos.

Ante tal circunstancia, puede decirse que la noción de establecimiento no se refiere al domicilio social o a un establecimiento principal, sino que hace una mención genérica a un establecimiento o lugar de negocios, con independencia de cuál sea su naturaleza. Se exige, eso sí, que tengan un carácter permanente, regular y estable de la actividad comercial de una parte, es decir, el lugar habitual de producción de bienes y servicios, dotado de una organización propia diferenciada, duradera por cierto tiempo. No es necesario que sea la sede social, puede ser una

propuesta de enmienda para el artículo 9 (el actual artículo 10). Aunque hubo muchas discusiones entre los países como Rumania, Suecia, Austria, Noruega, Alemania, Pakistán, Egipto y Reino Unido, uno se pronunciaron a favor y otros en contra, por 23 votos contra 17 y 5 abstenciones quedó rechazada la propuesta de que se incluya en la Convención una definición del concepto del establecimiento. OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. op. cit., p. 112.

⁵³ Vid. Documento A/CONF.97/5, pp. 16 - 20.

agencia o una filial. Lo que sí es necesario es que haya una conexión real entre la parte contratante y el lugar, no bastando un mero registro⁵⁴.

En este sentido, la noción de establecimiento debe ser interpretado de una forma flexible, capaz de integrar y comprender no sólo a la sede de negocios principal de una empresa, sino también a los establecimientos secundarios. Ahora bien, a pesar que la solución sea coherente y, salvo alguna excepción de forma unánime por la doctrina pueda ocultarse un inmediato problema: en caso que una de las partes involucradas en una contratación internacional tenga más de un establecimiento, ¿cuál debe tomarse en consideración a efectos de determinar la aplicación de la CISG?

Según el artículo 10 de la CISG, rechazando la teoría de la sede principal y suscribiendo la tesis de la relación más estrecha con el contrato, señala con claridad que si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento; habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes, en cualquier momento, antes o en el momento de su celebración⁵⁵.

El artículo 10.b de la CISG establece que en los casos en los cuales haya ausencia de establecimiento, se considerará el lugar de la residencia habitual. En todo caso, el elemento del que no puede prescindirse al calificar establecimiento es la existencia de una larga duración. Para averiguarlo se debe atender a las

⁵⁴ MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, de 11 de abril de 1980, Ed. Colmares, Granada, 2004, p. 269.

⁵⁵ Vid. Número del caso 746, número de la CLOUT 71, Oberlandesgericht Graz, Austria, de 29 de julio de 2004; Número del caso 698, número de la CLOUT 65; Colmar Superior Court of Massachusetts, Estados Unidos, de 28 de febrero de 2005; Número del caso 400, número de la CLOUT 35, Court of Appeal, Francia, de 24 de octubre de 2000; Número del caso 433, número de la CLOUT 37, U.S. Federal District Court for the Northern District of California; Estados Unidos, de 30 de julio de 2001; Número del caso 261, número de la CLOUT 25, Bezirksgericht der Saane, Suiza, de 20 de febrero de 1997 y el caso CLOUT número 727, Chamber of National and International Arbitration of Milan, Italia, de 28 de septiembre de 2001.

circunstancias personales o profesionales de las partes, y en especial a la intención de vincularse a ese lugar, considerándose las circunstancias de hecho⁵⁶.

Así pues, en caso de pluralidad de establecimientos, el domicilio social, la casa matriz o la sede principal carecen de cualquier importancia *a priori*, ya que será un juez o Tribunal del foro competente el que tendrá que determinar qué establecimiento guarda una relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento y, en función del resultado, podrá decidir si el contrato objeto de litigio puede ser considerado como una compraventa internacional sometida a la CISG⁵⁷.

De esta forma, el texto uniforme establece un criterio objetivo para determinar la internacionalidad del contrato de compraventa. Esto no quiere decir que si existe cualquier otro elemento extranjero, la compraventa deje de ser internacional, sino que simplemente no podría ser aplicada la CISG. Para dicha Convención, el elemento internacional opera como supuesto de aplicabilidad de la CISG, no como elemento caracterizador de la naturaleza internacional del contrato de compraventa⁵⁸.

⁵⁶ MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, de 11 de abril de 1980, Ed. Colmares, Granada, 2004, p. 273.

⁵⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p.134.

⁵⁸ Debido a la falta de definición en el propio texto de la Convención de Naciones Unidas, la doctrina ha sometido a severos exámenes, distinto del lugar de contratación o en que se han desarrollado las negociaciones. Se trataría de toda instalación de una cierta duración, estabilidad y con determinadas competencias para dedicarse a los negocios. No es preciso que goce de autonomía jurídica, como establecimiento principal, puede ser, por ejemplo, una sucursal, ni tampoco que esté sometido a una dirección empresarial. No son, en cambio, establecimientos secundarios sino auténticas partes, puesto que gozan de autonomía jurídica, las sociedades filiales. CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Contratos internacionales*, Coord. BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR. Tecnos, Madrid, 1997, p. 161. Ya en el ámbito de jurisprudencia, los casos: Número del caso 360, caso CLOUT 33, Amtsgericht Duisburg, Alemania, de 13 de abril de 2000; Número del caso 106, caso CLOUT 8, Oberster Gerichtshof, Austria, de 10 de noviembre de 1994; Número del caso 158, caso CLOUT 11, Cour d' appel de Paris, Francia, de 22 de abril de 1992. Según un Tribunal, el *establecimiento* puede definirse como «el lugar desde el cual la actividad comercial se lleva a cabo *de facto*; ello exige una cierta duración y una cierta estabilidad así como un cierto grado de autonomía». Otro Tribunal llegó a la conclusión de que una oficina de enlace no podía considerarse un «establecimiento» en el marco de la Convención. El requisito del carácter internacional no se cumple cuando las partes tienen sus establecimientos pertinentes en el mismo país. Así ocurre incluso cuando sus nacionalidades son diferentes, ya que el párrafo 3 del artículo 1 dispone que «a los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrá en cuenta la nacionalidad de las partes». Asimismo, el hecho de que el lugar de la celebración del contrato se encuentre en un Estado diferente de aquél en el que se procede al cumplimiento no hace que ese contrato sea «internacional». A los efectos de la aplicabilidad de la Convención, el carácter civil o

Ahora bien, el tema de establecimiento y su problemática no se agota en la ubicación, sino que tal y como expone el artículo 1.2 de la CISG resulta preciso que las partes que tengan sus establecimientos respectivos en Estados diferentes sean considerados de ellos. Un conocimiento que puede obtenerse por diferentes medios, pero que en ningún caso debe ser posterior a la conclusión del contrato. Puede entonces, tal conocimiento resultar del propio contrato, de un trato anterior entre las partes, de la información revelada por la parte en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de ésta, etc. En suma, de lo que se trata, es de evitar que a ninguna de las partes le sorprenda la aplicación del Convenio cuando se pensaba que el contrato era puramente nacional. En la práctica no es fácil concretar este dato con carácter general por lo que habrá que solucionarlo caso por caso.

3. MERCADERÍAS

Entre tantos temas claves en la CISG que carecen de una definición específica, la CISG no establece una definición de *mercaderías* en los contratos de compraventa⁵⁹. Y unido a la falta de definición, analizando el contenido de los textos preparatorios de la Convención, cabe la posibilidad de especular que la CISG no sólo fue creada para ser aplicada a los contratos de compraventa tradicionales⁶⁰, pero también veremos que deja la puerta abierta para, por lo menos, iniciar la discusión sobre la aplicabilidad de la CISG a los contratos mixtos de compraventa internacional y otros tipos contractuales.

comercial de las partes tampoco se tiene en consideración. Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

⁵⁹ MARTINEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balear, Servei de Biblioteca i Documentació, 2006, pp. 156 y ss.

⁶⁰ Vid. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «ac ia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999 44 CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *Actualidad Civil*, no 47-48, 15 al 28 de diciembre de 2003, pp. 1199-1224.

Volviendo al concepto de mercaderías, según la jurisprudencia referente a la CISG, mercaderías son artículos que, en el momento de la entrega, son muebles y corporales⁶¹, no se lleva en consideración el estado de agregación de la materia, es decir, si están sólidos, líquidos o en forma de gas⁶², si son usados o nuevos o si están vivos o muertos⁶³. Se ha considerado que los bienes inmateriales, como los derechos de propiedad intelectual, una participación en una sociedad de responsabilidad limitada o una deuda cedida, no están comprendidos en el concepto de mercaderías consagrado por la CISG. Y de hecho no lo están atendiendo a las exclusiones contenidas en las letras *a, b, c, d, e y f* del artículo 2 de la CISG. No obstante, según un Tribunal, el concepto de mercaderías debe interpretarse en sentido amplio; ante la duda y con el fin de evitar la remisión al derecho interno para buscar una definición se debe llevar en consideración lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 de la CISG, el concepto de mercaderías debe interpretarse autónomamente, teniendo en cuenta el carácter internacional de la Convención, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la necesidad de los días actuales⁶⁴.

⁶¹ Ibidem, p. 1.063. ESPLUGUES MOTA, CARLOS. *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, Impiva, Valencia, 1994, p. 233: Entiende que el término mercaderías se refiere únicamente a bienes muebles corporales, definiéndose éstos con arreglo al texto convencional, pues en virtud del principio de interpretación uniforme, está prohibido que la hermenéutica se inspire en un ordenamiento interno. Sin embargo, algunos autores (PILTZ Burghard, «UN-Kaufrecht», en Graf von Wesphalen, *Handbuch des Kaufvertragsrecht in den EG- Staaten*, Colonia, 1992, p. 10) extienden este concepto de mercadería a los bienes muebles incorporeales al entender que si la Convención no distingue específicamente entre ambos bienes tampoco ha de hacerlo el intérprete; LUIZ FERNANDÉZ DE LA GÁNGARA. «La compraventa internacional de mercaderías», en ALFONSO LUÍS CALVO CARAVACA Y LUÍZ FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA (dir.) *Contratos internacionales*, Tecno, Madrid, 1997, p. 567; FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA, JOSÉ CARLOS Y ARENAS GARCÍA, RAFAEL. «Compraventa internacional de mercaderías», en autores varios, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 334-404.

⁶² Vid. El caso número 1180, número de la CLOUT 122, Tribunal de Apelación del Estado de São Paulo – Sala 16ª de Derecho Privado. El Tribunal aplicó la CISG al caso que versaba sobre un contrato de distribución de combustible. Aplicando el artículo 77 de la CISG sobre la cuestión de la responsabilidad de la parte que invoque el incumplimiento del contrato; Número del caso 176, número de la CLOUT 13, Oberster Gerichtshof, Austria, de 2 de febrero de 1995.

⁶³ Vid. casos en los cuales se consideraran animales como mercaderías: Número del caso 100, número de la CLOUT 7, Rechtbank Arnhem, Países Bajos, 30 de diciembre de 1993; Número del caso 280, número de la CLOUT 26, Oberlandesgericht Jena, Alemania, de 26 de mayo de 1998; Número del caso 312, número de la CLOUT 29, Cour d'appel, Paris, Francia, de 14 de enero de 1998; y el caso número 227, número de la CLOUT 20, Oberlandesgericht Hamm, Alemania, de 22 de septiembre de 1992.

⁶⁴ Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

Referente al ámbito de la informática, está claro que la compraventa de los equipos de informática corresponde a la aplicación de la CISG, sin embargo en los casos de compraventa de programas informáticos la aplicación de la CISG no está clara. Hay dos corrientes que se posicionan sobre este tema, para algunos Tribunales sólo los programas corrientes pueden ser considerados mercaderías para la Convención, no obstante para otros, los programas informáticos de cualquier naturaleza, incluidos los programas elaborados por encargos deben ser considerados como mercaderías⁶⁵.

A efecto de la CISG, habría que considerar cosas corporales de naturaleza mueble del todo tipo (maquinaria, mueble, automóviles, etc.). Quedarían no obstante excluidas las empresas, los bienes inmuebles así como los derechos incorporeales (cesión de créditos, derecho de autor, licencia de patentes, etc.)⁶⁶. Por tanto, la regla general es que la Convención se aplica a todos los intercambios de la propiedad de una cosa por un precio⁶⁷. Bien es verdad, que la finalidad del contrato de distribución

⁶⁵ Véase Sentencia Oberlandesgericht Koblen, Alemania, de 17 de septiembre de 1993. En este caso, la corte sostuvo que la CISG se aplicaría a la venta de los chips de computadora, ya que en el sentido de la Convención, «bienes» incluye todos los activos tangibles e intangibles que pueden ser objeto de una contrato de compraventa internacional, que incluiría programas de computación (artículo 1 (1) de la CISG); En el caso número 131, número de la CLOUT 10, Landgericht München I, Alemania, de 8 de febrero de 1995. La corte decidió que no se trata de mercaderías los programas hechos por encargo, sin embargo los programas estándar sí es considerado como mercaderías. ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL Y PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, pp. 102 y 103.

⁶⁶ Así, ateniéndonos a las obligaciones del vendedor y del comprador prevista, respectivamente, en los artículos 30 y 53 de la Convención de Viena, se observa que la Convención opta por el mantenimiento de un concepto tradicional del contrato. En este sentido, el contrato de compraventa se conceptúa como el intercambio de la propiedad de una cosa por precio. El artículo 53 establece las obligaciones principales del comprador y sirve de introducción a las disposiciones del Capítulo III. Además, como la Convención no define la compraventa de mercaderías en cuanto tal, esta disposición, juntamente con el artículo 30, establece alguna luz sobre la cuestión. Las obligaciones principales del comprador son pagar el precio de las mercaderías y recibirlas «en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención». De estas palabras y del artículo 6 se sigue que cuando el contrato estipule que la ejecución se realice de manera distinta de la establecida en la Convención, prevalecerá el acuerdo de las partes. Número del caso 608, número de la CLOUT 55, Al Palazzo S.r.l. v. Bernardaud s.a. Trib. Rimini, Italia, de 26 de noviembre de 2002. Véase el caso número 106, número de la CLOUT 8, Oberster Gerichtshof, Austria, de 10 de noviembre de 1994. Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

⁶⁷ En este sentido, el caso número 122, número de la CLOUT 9, Oberlandesgericht Köln, Alemania, de 26 de agosto de 1996, en dicho caso, el demandante, una empresa consultora suiza, elaboró un estudio de mercado para la demandada, una empresa alemana y no lo pagó. El Tribunal de instancia entendió que no era aplicable al caso la Convención de Viena de 1980, porque, a pesar de que el informe se sustentaba en un soporte físico, lo importante del contrato no era la transmisión de la propiedad de ese soporte material, sino del derecho al uso de las informaciones de allí plasmadas. Compendio de jurisprudencia basada en la

no corresponde con la de un simple intercambio de cosa por precio, ya que forma parte intrínseca también del mismo que por supuesto el propósito de colaboración entre los empresarios aunque dependiendo de los diversos tipos de contrato de distribución dicha colaboración jugará un papel menor o mayor⁶⁸. Sin embargo, no podemos olvidar que pese a gran importancia de la colaboración entre los contratantes la compraventa sigue siendo la esencial del contrato, puesto que sin ella no existiría contrato de distribución.

Superado el análisis de los temas establecimiento y mercaderías, concluimos que ellos no serán obstáculos para la aplicación de la CISG a los contratos de distribución porque ya se observa una semejanza bastante importante entre ellos dentro de los contratos de compraventa y distribución, no siendo pues una materia novedosa ni para los contratos ni para la CISG.

4. LA COMPRAVENTA: FALTA DE UNA DEFINICIÓN LEGAL

A pesar de las exclusiones tajantes de algunos contratos de compraventa, para la aplicación de la CISG a otros tipos contractuales, se echa en falta, por parte de la CISG, una definición sobre el contrato de compraventa porque si hubiera una explicación expresa se eliminarían muchas dudas que hoy están en el aire sobre la aplicación de la CISG a determinados contratos⁶⁹.

No obstante, como no podría ser distinto la CISG que es, un instrumento de derecho uniforme y nació con vocación universal de aplicabilidad, continúa su línea moderna sin querer establecer una definición cerrada del contrato de compraventa,

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

⁶⁸ PUYALTO FRANCO, MARÍA JOSÉ. *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), Barcelona: Atelier, Tomo II, 2012, p. 1602.

⁶⁹Vid. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999 44 CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo». *Actualidad Civil*, no 47-48, 15 al 28 de diciembre de 2003, pp. 1199-1224.

pero la CISG no nos desatiende, puesto que en sus artículos 3 (aplicación), 30 (obligaciones del vendedor) y 53 (obligaciones del comprador), nos facilita los elementos necesarios para que con ellos hagamos una definición amplia del contrato de compraventa. Bien es verdad, que la CISG no trae una definición expresa, pero entendemos que esa falta no es por casualidad, porque de esta forma se deja la puerta abierta para su aplicación a contratos similares al contrato de compraventa o por lo menos, para las discusiones sobre la posibilidad de aplicación a otros tipos de contrato semejantes a la compraventa pura o que tiene como base el contrato de compraventa.

Los artículos 3, 30 y 53 de la CISG nos proporciona un concepto amplio y moderno de definición de la compraventa, que trasciende la pura y simple compraventa de mercaderías conocidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Además, la nueva definición se encaja mejor a la dinámica actual de los contratos mercantiles internacionales, pues se trata de concepto más abierto, flexible y dinámico, que sobrepasa la obligación singular de entregar la mercadería a cambio del pago de un precio⁷⁰. Observamos que la CISG va más allá cuando permite que además de las obligaciones de entregar las mercaderías, la obligación de hacer un servicio, reconociendo claramente la aplicación a los contratos mixtos según su artículo 3 de la CISG.

Podemos percibir que la definición más amplia del concepto tradicional de compraventa ha superado la visión clásica y económica preindustrial, que estaba reflejada asimismo en una sociedad basada en una realidad agrícola. Además, las prácticas comerciales contemporáneas vislumbran contratos de compraventa más complejos que aquéllos contemplados por el legislador del siglo pasado⁷¹.

⁷⁰ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

⁷¹ GARRO, ALEJANDRO MIGUEL. «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación orden jurídico argentino», *Revista La Ley*, 1985, pp. 930-952; PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES

En este mismo orden de ideas, el artículo 3 de la CISG puntea casos en que puede ser aplicada a contratos en los que se observen los mismos elementos de la compraventa, aunque no tengan un carácter simple y puro de compraventa internacional de mercaderías, como por ejemplo, los contratos mixtos, el arrendamiento de servicios o suministrar mano de obra⁷², pero siempre junto con la entrega de las mercaderías y cuando el suministro de mano de obra o la prestación de servicios no constituyan la *parte principal* de la obligación del vendedor⁷³.

Por ende, y a fin de determinar cuál es la parte principal del contrato, es decir, si las obligaciones del vendedor consisten principalmente en el suministro de mano de obra o la de prestación de servicios se debe realizarse una comparación entre el valor económico de las obligaciones relativas a la provisión de mano de obra, la prestación de servicios y el valor económico relativas a las mercaderías, como si se hubieran celebrado dos contratos distintos⁷⁴. A modo de ejemplo, citamos el caso

(Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

⁷² Inicialmente comprendidas por la Convención no sólo todas las modalidades de contratos internacionales en que se cambia cosas por dinero, sino también ciertos contratos mixtos, como por ejemplo, los contratos de arrendamientos y compra o de *leasing* con opción de compra. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*, Cívitas, Madrid, 1998.

⁷³ Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 175; CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, Sevilla, 2000, p. 84 y HONNOLD O., JOHN. *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales Convención de las Naciones Unidas de 1980*, Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 59. En este sentido la jurisprudencia en el caso número 346, número de la CLOUT 32, Landgericht Mainz, Alemania, de 26 de noviembre de 1998: El Tribunal para decidir cuál era la obligación principal del vendedor, si consistía en suministrar mano de obra o en prestar otros servicios, no posible usar el criterio de comparar el valor de cada obligación cumplida. El Tribunal examinó la finalidad del contrato y las circunstancias de su celebración y llegó a la conclusión de que, en virtud del acuerdo, el suministro del cilindro era esencial. Las tareas suplementarias, que representaban servicios, como el diseño de la máquina, debían considerarse parte de la obligación de suministrar el producto final. Además, los otros aspectos del cumplimiento del contrato, como la instalación, la asistencia, el transporte y otros servicios previstos por el acuerdo, eran secundarios. Por esa razón el Tribunal aplicó la Convención en virtud del artículo 1 (1) ya que la aplicación no estaba incluida dentro del rol del artículo 3 (2). Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

⁷⁴ Véase el caso número 327, número de la CLOUT 31, Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, de 25 de febrero de 1999: El caso fue referente a la compra e instalación de tejados. El vendedor demandó al comprador reclamando el precio de compra pendiente, el pago de los servicios prestados. El Tribunal aplicó la Convención de Viena por entender que los gastos correspondientes a la mano de obra no eran superiores a los gastos de las mercaderías suministradas, conforme el artículo 3.2 de la Convención de Viena. Así pues, cuando la obligación que entraña el suministro de mano de obra o la prestación de

juzgado por la Corte de Apelación de Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995⁷⁵, donde se consideró que en un contrato de desmantelamiento y de compraventa de un galpón de segunda mano entran en el ámbito de aplicación de la Convención porque el valor de los servicios de desmantelamiento totalizaba un cuarto del valor total del contrato⁷⁶.

Más adelante trataremos detenidamente sobre la *parte principal* de la obligación del vendedor dentro del contrato⁷⁷.

III. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

La CISG que se encamina a cumplir sus 40 años de vida no cabe la menor duda que es el texto uniforme internacional que más éxito ha tenido en su aplicación a los contratos de compraventa internacional. Ocurre que el contrato de compraventa no es el único a través del cual se realizan las transacciones comerciales de bienes en el mercado internacional, existen otros tipos de contratos mercantiles que hacen parte del escenario operativo internacional, y cada uno se adapta a las necesidades de los contratantes. Y el contrato de distribución es uno de ellos, que semejante a los contratos de compraventa es muy utilizado en el comercio internacional, es por ello que estudiamos la posible aplicación de la CISG a los contratos de distribución.

servicios equivale a más del 50% de las obligaciones del vendedor, la Convención es inaplicable. Fundamentados sobre la base de estos argumentos, algún Tribunal ha decidido que un contrato que preveía la realización de un estudio de mercado no se ajustaba al ámbito de aplicación de la Convención.

⁷⁵ Véase el caso número 169, número de la CLOUT 11, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995.

⁷⁶ En el caso número 346, número de la CLOU 32, Landgericht Mainz, Alemania, 26 de noviembre de 1998: El Tribunal para decidir cuál era la obligación principal del vendedor, si consistía en suministrar mano de obra o en prestar otros servicios, no posible usar el criterio de comparar el valor de cada obligación cumplida. El Tribunal examinó la finalidad del contrato y las circunstancias de su celebración y llegó a la conclusión de que, en virtud del acuerdo, el suministro del cilindro era esencial. Las tareas suplementarias, que representaban servicios, como el diseño de la máquina, debían considerarse parte de la obligación de suministrar el producto final. Además, los otros aspectos del cumplimiento del contrato, como la instalación, la asistencia, el transporte y otros servicios previstos por el acuerdo, eran secundarios. Por esa razón el Tribunal aplicó la Convención en virtud del artículo 1(1) ya que la aplicación no estaba incluida dentro del rol del artículo 3(2).

⁷⁷ Vid. pág. 143 de este trabajo.

La CISG nació de la necesidad de la regulación uniforme en los contratos internacionales de compraventa y, lo mismo está ocurriendo, y sigue en fase de desarrollo, con los contratos internacionales de distribución. Constatando una vez más que el derecho se crea o se adapta para regular los comportamientos de la sociedad, en nuestro caso las transacciones internacionales⁷⁸.

El contrato internacional de distribución surgió por motivos puramente económicos, resultado de la inquietud de algunos empresarios, que sintieron la necesidad de ir más allá del simple contrato de compraventa, ya que querían establecer vínculos más sólidos y continuos entre los compradores debido a la dificultad de establecer un canal internacional de comercio. Todo esto reflejo de la Revolución Industrial donde se introdujo el maquinismo y su aplicación a la producción, conllevando al surgimiento de nuevas necesidades empresariales⁷⁹. Por esto se buscó una forma de contrato que afianzara el comprador y de alguna manera, éste estuviese obligado a comprar y revender por un determinado tiempo y, en algunas situaciones, a la misma persona. Dando así, salida a la gran producción de la Revolución industrial.

Para esto, en un momento dado, se observó la necesidad de un tercero que hiciera de puente entre el productor y el consumidor, formando una cadena de negocios⁸⁰. Y una de las maneras de acceder a un mercado extranjero es mediante los

⁷⁸ FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA. «Contrato de agencia, distribución y franquicia», *Cuadernos de Derecho Judicial XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 30; URÍA, RODRIGO Y MENÉDEZ AURELIO. *Curso de Derecho Mercantil*, II, por ALONSO SOTO, RICARDO, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167-192; PUENTE MUÑOZ, TERESA. *El contrato de concesión mercantil*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1976; MORALEJO MENÉNDEZ, IGNACIO. *El contrato Mercantil de Concesión*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007, p. 23; MENDIETA GRANDE, JAVIER Y IGLESIAS CASAIS, JOSÉ MANUEL, Director de la obra YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo IV, Thomson Aranzadi, Navarra, 2014, pp.715 y ss.

⁷⁹ MORALEJO MENÉNDEZ, IGNACIO. *El contrato Mercantil de Concesión*, Thomson Aranzadi, 2007, Madrid, p. 40; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, ANTONIO. «Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica», en BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO Y NIETO CAROL, UBALDO, (Coord.), *Contratación Mercantil*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cuaderno de Derecho y Comercio, Monográfico, 1999, pp. 25 - 38.

⁸⁰ Posiblemente, el primer antecedente de esta figura lo constituya el *tractator*, persona encomendada (*commenda*) por el cargador de mercaderías en un navío de viajar con ellas y efectuar las consignaciones en los puertos de destino, siendo retribuido con una participación en las ganancias. En el periodo de la revolución industrial otorgó a esta figura un notable impulso, convirtiendo en habitual la existencia de los *auxiliares del comercio*, que desarrollaban una función de enlace entre productor y consumidor

comerciantes locales, ya que estos además de ser conocedores del mercado ya poseen una cartera de clientes, por consiguiente ayudaran a desarrollar la actividad comercial aumentando así el crecimiento del negocio. Esta conexión entre fabricante y empresario local fue concertada jurídicamente a través de contratos de «colaboración»⁸¹.

En el contrato de distribución, también denominado contratos de «colaboración» a lo largo del tiempo, extendió su aplicación a diversos sectores del comercio, como el de la automoción, surgiendo también las llamadas redes de distribución⁸².

Actualmente, hablar del contrato de distribución es entrar en un mundo jurídico incierto y de posibilidades variadísimas, ya que es un género que abarca casi todo tipo de manifestación o especie⁸³, pero en general, se trata de uno de los mecanismos más utilizados para la introducción de productos en mercados extranjeros. El fabricante o suministrador de productos establece un vínculo de colaboración, muchas veces estable y duradero, con otra empresa comercial-distribuidor por el que este último se compromete, por tiempo determinado o indefinido⁸⁴, a adquirir en dichos productos al objeto de llevar a cabo su venta posterior en una zona geográfica, bien de forma exclusiva o bien en concurrencia con

⁸¹ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Curso de contratación internacional*, Ed. Colex, 2003, Madrid, p. 334; MENDIETA GRANDE, JAVIER Y IGLESIAS CASAIS, JOSÉ MANUEL, Director de la obra YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo IV, Thomson Arazandi, Navarra, 2014, p. 718.

⁸² PÉREZ PEREIRA, MARÍA. «Contratos de Distribución entre teoría y realidad», En: *Estudio sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1651-1666; ALONSO SOTO, RICARDO. *Los contratos de distribución comercial*. Curso de Derecho Mercantil. VV.AA. Vol II, Madrid: Civitas, 2ª ed., 2007, p. 177.

⁸³ CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL. «El contrato de distribución comercial: ¿en el «futuro» Código mercantil o en una ley especial?». En: *Estudio sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1247-1261; FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ MARÍA. «Contrato de agencia, distribución y franquicia», *Cuaderno de Derecho Judicial XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 59; MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. Aspectos internacionales de la concesión mercantil, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 23;

⁸⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, EMILIO JESÚS. «El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la Jurisprudencia al respecto», *Revista la Ley*, N.º 4, año 1989, pp. 1206 – 1213.

otros distribuidores, asumiendo en todo caso el riesgo y aventura de dichas operaciones⁸⁵.

En este sentido, configurándose, como un dispositivo fundamental en la exportación comercial, es una fórmula comercial muy extendida para facilitar la entrada y la implantación en mercados internacionales, ya que el fabricante con un inversión mínima tiene la posibilidad de llegar a potenciales consumidores a los que, sin la participación del distribuidor conocedor del mercado local y en algunas situaciones propietario de una canal de distribución, facilita la entrada de la mercadería a nuevos mercados, aumentando así el crecimiento del negocio, y si no fuera por esa vía, difícilmente se entraría en este mercado⁸⁶.

1. CARACTERÍSTICAS

⁸⁵ GUARDIOLA SACARRERA, ENRIQUE. *Contratos de colaboración internacional*, Ed. Bosh, Barcelona, 1998, p. 105. El Reglamento 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, establece en su preámbulo en los apartados 5 y 6. que: «5.Considerando que los acuerdos de distribución exclusiva tienen generalmente como resultado una mejora de la distribución; que, en efecto, el empresario puede concentrar sus actividades relativas a la venta de su producción; que no está obligado a mantener múltiples relaciones de negocios con gran número de revendedores y que el hecho de mantener relaciones únicamente con un revendedor permite solucionar con más facilidad las dificultades que se derivan, en los intercambios internacionales, de diferencias de orden lingüístico, jurídico u otras; 6.Considerando que los acuerdos de distribución exclusiva facilitan la promoción de la venta de un producto y permiten actuar intensivamente sobre el mercado y asegurar la continuidad del abastecimiento, racionalizando la distribución; que tales acuerdos estimulan asimismo la competencia entre productos de diferentes fabricantes; que, además, la designación de un concesionario exclusivo que se encargue de la promoción de la venta, del servicio a la clientela y del almacenamiento constituye para el fabricante el medio a menudo más eficaz, incluso a veces el único, de penetrar en un mercado y de afrontar la competencia de otros fabricantes; que esto es lo que ocurre particularmente con las pequeñas y medianas empresas; que procede dejar al juicio de las partes si estiman conveniente estipular en los acuerdos obligaciones destinadas a promover las ventas y, en caso afirmativo, la medida en que desean prever tales estipulaciones»; Podemos encontrar una definición más precisa del contrato de distribución en el Reglamento 1475/95 de 28 de junio de 1995, apartado 1. «...Se trata de acuerdo de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado a la distribución y el servicio de reventa y posventa de determinados productos, mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales, para su reventa, más que a distribuidor o, en defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución»

⁸⁶ DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONIO. «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, LUIS, (dir.), «Contratos internacionales», Madrid, 1997, p. 1274; SANTINI, GERARDO. *El comercio: Ensayo de la economía del Derecho*, presentación de PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, ANTONIO, Ariel, Barcelona, 1988, p. 9.

Con el pasar de los años, el contrato de distribución internacional se refinó y actualmente se define como un contrato de naturaleza mercantil⁸⁷, consensual con independencia de la forma que las partes hubieran expresado su consentimiento⁸⁸, con carácter bilateral de empresa⁸⁹, oneroso, de forma continuado y atípico⁹⁰, pero socialmente típico⁹¹.

⁸⁷ En Brasil los contratos de distribución son regulados pelo Código Civil - artículo 710-720.

⁸⁸ GÓMEZ POMAR, FERNANDO Y GILI SALDAÑA, MARIAN. «Los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, La Ley, p. 258.

⁸⁹ La jurisprudencia se alía en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2000 (ED 2000 58952) haciéndose eco de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997, que el contrato de distribución se caracteriza porque (...) el concesionario se compromete a vender en una zona determinada y en las condiciones que se pactan, los productos de la concedente, así como a prestar a los usuarios y adquirentes de dichos productos determinada asistencia técnica. Se distingue del contrato de agencia en que en el contrato que nos ocupa el concesionario actúa siempre en nombre y por cuenta propio, asumiendo el riesgo de la venta, en tanto que en el contrato de agencia, y como se alía el art. 1 de la ley especial que lo regula, el agente actúa «por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de las operaciones». La actuación del distribuidor es la propia del que compra para revender adquiriendo la propiedad del género que le transmite la concedente y que la concesionaria revende en el mercado, normalmente en base a los precios que de forma tasada y detallados en un catálogo le impone la concedente, la cual asimismo le exige la participación en campañas de promoción y publicidad y a respetar en sus instalaciones los signos comerciales de la concedente. El Tribunal Supremo recientemente se ha pronunciado sobre el mismo de forma amplia y, resumiendo toda la jurisprudencia anterior, dice en su sentencia de 26 de abril de 2002 (ED 2002/10157).

⁹⁰ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, 5ª Ed., Civitas, 1996, pp. 385-391; Los contratos de distribución son clasificados como *típicos socialmente*, pues si bien carece de regulación legal se trata de un contrato muy frecuentemente en la práctica, de manera que su repetida celebración les dota de un «*nomen iuris*» por lo que son conocidos y de una disciplina que se configura por las vías profesional, doctrinal y, sobre todo supone, jurisprudencial. «La distinción entre una tipicidad *social* y una tipicidad *legislativa* fue apuntada por la autora BETTI y recogida, en la doctrina italiana, por GASETTI. Se habla en tipicidad social para hacer referencia a aquellos contratos que tienen por base las concepciones dominantes en la conciencia social de una época y que se individualizan por obra de la doctrina y jurisprudencia, pero que carecen de una disciplina normativa»; FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ MARÍA. «Contrato de agencia, distribución y franquicia», *Cuaderno de Derecho Judicial XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 30. MENÉDEZ AURELIO (Dir.), por RICARDO ALONSO SOTO. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Navarra: Thomson, 2008, p. 635; VICENT CHULIÀ, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2003, p. 781; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 30ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2013; HILDA, «Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Vol. 1, N.º 1, Marzo de 2009, p. 28. «En concreto, esta ausencia de armonización en relación con los contratos de distribución comercial distintos al de agencia, existente tanto fuera del área comunitaria como en el interior de la misma, incita a que el fabricante o exportador abuse de la situación de desequilibrio existente en la posición negocial de las partes en los contratos de distribución comercial (siendo esta situación, precisamente, uno de los denominadores comunes o de las peculiaridades más llamativas de este tipo de contrato de colaboración)».

⁹¹ Dentro del ámbito de la Unión Europea observamos algunas normas relativas a ciertos aspectos del contrato de distribución, como por ejemplo el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en los artículos 81.1 y 82 (antiguos artículos 85.1 y 86) se trata de cuestiones comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones; Los Reglamentos (CE) N.º 1582/97 de la

No han faltado diversos intentos en España de regular el contrato de distribución, destacando el Proyecto de Ley del Contratos de Distribución (Vid. *B.O.E.* no 138-I, de 29 de junio de 2011)⁹², ue finalmente no llegó a plasmarse en derecho positivo⁹³. Por tanto, en España, continuamos con la falta de una regulación específica, por lo que el desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre este contrato

Comisión de 30 de julio de 1997 por el que se modifican los Reglamentos (CEE) N.º 1983/83 y (CEE) 1984/83, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a determinadas categorías respectivamente de acuerdos de distribución exclusiva y de compra exclusiva. Prorrogó su período de validez hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha en la que expirará el Reglamento (CEE) N.º 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia; El Reglamento (CE) N.º 1475/95 de la Comisión de 28 de junio de 1995 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdo de distribución y de servicios de venta y postventa de vehículos automóviles; También hay el Reglamento (CE) N.º 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del artículo 81.3 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, este Reglamento ha sido sustituido por el vigente Reglamento (UE) N.º 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010.

ALONSO GARCÍA, RICARDO. «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por los órganos españoles», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, N.º 2, 1990, pp. 437-478; WAELBROECK, MICHEL. «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por las autoridades y pos las jurisprudencia de los Estados miembro», en *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial* (dirigido Por RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL CARLOS/ LIÑAN NOGUERAS, DIEGO JAVIER), Civitas, Madrid, 1993, pp. 863-883; Cabrera Zaragoza, Susana, «Aplicación de los artículos 85 y 86 por las autoridades nacionales de la competencia. Instrumentos de cooperación», en *Derecho de la competencia europeo y español, La Unión Europea* (Estudios y Documentos), N.º 3, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 135-139. La sentencia de AP de Bilbao de 26 de noviembre de 1992 es considerada una de las primeras en la que se define el contrato de distribución. En este sentido las setencias del STS 24 de octubre de 2008, STS de 18 de diciembre de 1995 y la sentencia de 22 de julio de 2008.

⁹² Para mayor información sobre el Proyecto de Ley de contrato de distribución, véase CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL. «Apuntes sobre el Proyecto de Ley de contratos de distribución y (conexiones con) el Derecho de la Competencia». *Revista de Derecho Privado*, Año N.º 98, enero-febrero, 2014, pp. 3-24. Y este otro artículo de la misma autora, CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL. «El contrato de distribución comercial: ¿en el «futuro» Código mercantil o en una ley especial?». En: *Estudio sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1247-1261.

⁹³ ECHEVARRÍA SÁENZ, JOSEBA AITOR. «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, pp. 15 – 53, en especial p. 19. El profesor ECHEBARRÍA SÁENZ resalta que la corriente que defiende que los contratos de distribución no necesitan de regulación. El primero argumento que utilizan en contra de la regulación es, que no hace falta. No hace falta porque el sector funciona eficientemente y porque el derecho general de las obligaciones cubre sobradamente cualquier tipo de conflicto que pueda existir. Tal corriente también alega que una regulación de los contratos de distribución introduciría una rigidez excesiva en el sector. El profesor ECHEBARRÍA SÁENZ no está de acuerdo con estos argumentos y además señala que estatampoco parece ser la impresión que las asociaciones empresariales de la distribución manifiestan en sus declaraciones de prensa o ante el Ministerio de Industria en sus comparecencias. Tampoco dar esa impresión un simple paseo por la base de datos que recogen las sentencias de los Tribunales superiores. El profesor es afín con la pretensión de que los conflictos contractuales se solucionen aplicando las bases de las obligaciones mercantiles, pero aquí se tropieza con varios inconvenientes; en primero lugar el hecho de que la jurisprudencia no parece haber sido capaz de solucionar convenientemente y con claridad múltiples conflictos, a pesar de que han transcurrido mas de 30 años desde que comenzaron a platearse los supuestos. Otra cuestión es sobre la obsolescencia del planteamiento del Código Civil español y la insuficiencia del Código del Comercio.

cobra especial relevancia⁹⁴. Con todo sí hay regulación específica sectorial en algunos textos legales, destacando las normas sobre competencia judicial internacional de los Tribunales españoles que viene determinada fundamentalmente por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el Reglamento Bruselas I⁹⁵.

Del frustrado Proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 29 de junio de 2011, resalta la definición de los contratos de distribución en el artículo 1 que señala que⁹⁶:

«Se entenderá por contratos de distribución, y quedarán sometidos a la presente ley, aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos u operaciones de comercio consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones. »

⁹⁴ GÓMEZ POMAR, FERNANDO Y GILI SALDAÑA, MARÍ. *Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de Anteproyecto de ley de contratos de distribución*, InDret, 1/2010, p. 18; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de Bélgica, 19 de diciembre de 2013, asunto C-9/12, Cormann Collins c. La Maison du Whisky. En este caso, ante la falta de una indicación expresa en el contrato y de la utilización del foro del domicilio del demandado, el Tribunal de Justicia determinó el lugar del cumplimiento de la obligación según la aplicación del Reglamento de Bruselas I, artículo 5.1 (nuevo Reglamento número 1215/2012).

⁹⁵ Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ. «Los contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable» en Alberto Alonso Ureba y otros (Dirs.), *Los contratos de distribución*, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, 2010, pp. 221-240. «La aplicación de cada texto depende, en principio, de dónde tenga su domicilio el demandado: si la persona demandada tiene su domicilio en otro Estado miembro de la Comunidad (salvo Dinamarca, frente a la que se aplica un Acuerdo bilateral de 19 de octubre de 2005), rige el Reglamento Bruselas I; si la persona demandada tiene su domicilio en un tercer Estado, rige la Ley Orgánica del Poder Judicial. No hay solapamiento entre ambos textos: la aplicación del Reglamento excluye el juego de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

⁹⁶ CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL. «El contrato de distribución comercial: ¿en el «futuro» Código mercantil o en una ley especial?». En: *Estudio sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1247-1261. Pero también critica, «La fórmula empleada es la de ofrecer una regulación minuciosa (e, incluso excesiva) y el olvido de temas tan cruciales como la remisión a normativa general existente, como es el caso, de la legislación sobre competencia. En este sentido, son varias las voces críticas con el Proyecto de Ley aludida y ven al mismo con poca (o casi nada) viabilidad a corto plazo».

Se trata de una definición muy compatible con la CISG, aunque con la diferencia que el Proyecto de Ley no menciona las limitaciones que la Convención hace referencia cuando se trata de contratos mixtos (

otros servicios. Artículo 3.2 de la CISG), lo que es perfectamente admisible, ya que el Proyecto de Ley fue preparado exclusivamente para regular los contratos de distribución, y la CISG se aplica principalmente a los contratos de compraventa y a los contratos mixtos de distribución⁹⁷. Esto demuestra que pese a la equiparación que hacemos con una ley que al final no vio a la luz, debemos quedar con su esencia muy cercana a la CISG, confirmando así, que se apunta a una nueva tendencia de interpretación de los contratos de distribución⁹⁸.

Continuando con el tema de la definición de los contratos de distribución, ya hubo varias sentencias españolas que trataron de la misma, como, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de 2000 (ED 2000/58952), haciendo eco de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997, que define el contrato de distribución como un contrato atípico por cuanto carece de una regulación y que se caracteriza porque «el concesionario se compromete a vender en una zona determinada y en las condiciones que se pacten, los productos del fabricante, así como a prestar a los usuario y adquirentes de dichos productos determinada asistencia técnica. La actuación del distribuidor es la propia del que compra para revender adquiriendo la propiedad del género que le transmite el

⁹⁷ Número del caso 34, número de la CLOUT 379. Sentencia de la Corte de Casación italiana, 14 de diciembre de 1999. El Tribunal Supremo respaldó su parecer mencionando el artículo 57 (1) a) de la CISG, según el cual el precio deberá pagarse en el establecimiento del vendedor, y recalcó que ese artículo enuncia una regla general cuya aplicación sólo podrá excluirse invocando una disposición, ya sea legal o contractual, en la que se estipule un lugar de pago distinto del establecimiento del vendedor. En consecuencia, la decisión se basó en el supuesto de que la CISG se aplica no solamente a las ventas, sino también a los acuerdos de distribución, siempre y cuando se los pueda considerar cláusulas accesorias a un acuerdo de venta. <https://www.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/847/26/PDF/V0184726.pdf?OpenElement>; CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, ALFONSO-LUIS CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores). *Derecho del Comercio Internacional*. Colex, 2012, pp. 750 y 751.

⁹⁸ CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL. «El contrato de distribución comercial: ¿en el «futuro» Código mercantil o en una ley especial?». En: *Estudio sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1247-1261. Propuesta de Anteproyecto de ley de Contratos de Distribución, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, N.º 2, La Ley, 2008, pp. 287 y ss.

fabricante y que la concesionaria revende en el mercado. La cual asimismo le exige la participación en campañas de promoción y publicidad y a respetar en sus instalaciones los signos comerciales de la concedente». En cuanto a la naturaleza jurídica, la sentencia expone que se trata de un «contrato complejo con prestaciones coaligadas propias en su acervo contractual de la compraventa o de suministro, del mandato, del depósito, de la gestión de rendición de cuentas o de resultados, de cooperación, del pacto de exclusiva como prestación significativa, si e, incluso, del contrato de comisión mercantil»⁹⁹.

Por otro lado, ya según la doctrina, los contratos de colaboración mercantil pueden ser clasificados de varias formas, pero utilizaremos la clasificación realizada por MARÍA PÉREZ PEREIRA por su forma didáctica. Se clasifica según el grado de integración en la red de distribución. La distribución puede ser (I) libre o extensiva o (II) integrada o en sentido estricto. (I) La distribución libre o extensiva, consiste que el intermediario es independiente en doble sentido, es decir, goza de independencia jurídica y económica y no está incorporado a la red comercial del fabricante. Son ejemplo el agente y el comisionista. Por otro lado, está (II) la distribución integrada o en sentido estricto, que se trata todos los medios en el cual el tercero colaborador aceptar la disciplina y condiciones de un forma de distribución impuesta por el fabricante, perdiendo, sea en mayor o menor grado, su autonomía económica y jurídica¹⁰⁰.

En este sentido, son contratos suscritos entre fabricantes, importadores o proveedores, por una parte, y los distribuidores o minorista, por otra, para la comercialización de un producto y/o servicio¹⁰¹.

⁹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de 2000 (ED 2000/58952).

¹⁰⁰ P R E PEREIRA, MAR A. «Contratos de distribución: entre teoría y realidad». En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1651-1666.

¹⁰¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ. «Los contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable» en Alberto Alonso Ureba y otros (Dirs.), *Los contratos de distribución*, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, 2010, pp. 221-240.

El distribuidor jurídicamente se trata de un empresario independiente (en adelante distribuidor), actúa en nombre y por cuenta propia, siendo ésta una de las principales características del distribuidor en los contratos de distribución, la autonomía y la independencia que el distribuidor tiene con relación al fabricante hace con que el contrato de distribución tenga unas características particulares, como por ejemplo, por su independencia en este tipo de negocio, el distribuidor asume todos los riesgos que conllevan este tipo de transacción comercial. Se trata de una independencia jurídica y económica, pese a que, en ocasiones, los pactos que acompañan a la concesión pudieran llevar a la duda acerca de la efectividad de la misma¹⁰².

Se debe poner de relieve, sin embargo, que a tenor de las tendencias actuales, las grandes marcas por su notoriedad y prestigio en el mercado asumen una posición más controladora sobre el distribuidor, no gozando éste de total libertad, ya que los fabricantes con el objeto de preservar y proteger la marca controlan al máximo la distribución de sus productos hasta el consumidor final, imponiendo condiciones estrictas a los distribuidores minoristas, como la exclusividad, pactos de no competencia, prohibición de trabajar por, con o para, empresarios competidores, etc.¹⁰³.

Otra característica de los contratos de distribución es la permanencia y estabilidad de la relación comercial, ya que se establece un vínculo entre suministrador y distribuidor de forma estable, continúa y duradera, bien por tiempo determinado o indeterminado¹⁰⁴, como también, otra característica muy importante es el desplazamiento del riesgo de la actividad, ya que el distribuidor desempeña un

¹⁰² PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Contrato de distribución, internacional y arbitraje». *Revista Foro Derecho Mercantil*, número 32, jul.-sep./2011, Colombia, pp. 07-61; PUENTE MUÑOZ, TERESA. *El contrato de concesión mercantil*, Editorial Montecorvo, S.A., 1976, Madrid, p. 25; TORRUBIA CHALMETA, BLANCA. «El contrato de distribución selectiva». N.º 8. *Revista de la Competencia y la Distribución*, 2011, pp. 96 y ss.

¹⁰³ FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ MARÍA, «Contrato de agencia, distribución y franquicia», *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, XXI-2006, pp. 33 y ss.

¹⁰⁴ También se puede definir como un contrato de colaboración, por motivo del cual un empresario, persona física o jurídica, se obliga a comercializar, de manera permanente y en la forma cualitativa y cuantitativa predeterminada, los productos de otros empresarios por cuenta propia. LÁZARO SÁNCHEZ, EMILIO JESÚS. «El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la Jurisprudencia al respecto», *Revista la Ley*, N.º 4, año 1989, pp. 1206 – 1213.

doble papel de comprador-revendedor de los productos objetos de distribución, y es obvio que asume siempre los riesgos inherentes a todo contrato de compraventa comercial¹⁰⁵.

En este sentido, el peligro del acatamiento del riesgo empresarial y del sometimiento a control, los distribuidores se integran en la red comercial del productor, gozando de esta manera del privilegio de utilizar una marca de renombre, lo que les supone una participación en el *goodwill* de la empresa fabricante y a la vez, del asesoramiento técnico y asistencial¹⁰⁶. En contra partida, el distribuidor debe pagar el precio estipulado en el contrato de compraventa al productor, independientemente de que con posterioridad pueda revender o no la mercancía suministrada, y que obtenga o no el precio exigido en la reventa¹⁰⁷. Quizás sea por esta razón que la autora TERESA PUENTE MUÑOZ, definen jurídicamente el contrato de distribución como un contrato de compraventa especial, una compraventa cualificada por el denominado pacto de exclusividad. Añade que mismo cuando se trata de la compraventa especial, que la doctrina llama de suministro, no hay sino un solo negocio jurídico, con varias prestaciones, tanto por parte del que adquiere la cosa como por la del que abona el precio de la misma, sólo que las prestaciones tienen lugar a lo largo de un período de tiempo¹⁰⁸. La autora defiende que la venta por suministro no es sino una variante mercantil de la compraventa; su objeto son las cosas muebles y a obligación del suministrador se identifica «mutatis mutandis» con

¹⁰⁵ TORRUBIA CHALMETA, BLANCA. «El contrato de distribución selectiva». *Revista de la Competencia y la Distribución*, N.º 8, 2011, pp. 96 y ss; ALONSO SOTO, RICARDO. «Tipología de los contratos de distribución comercial», *Los contratos de distribución*. Directores: ALBERTO ALONSO UREBA; LUIS VELASCO SAN PEDRO; CARMEN ALONSO LEDESMA; JOSEBA AITOR ECHEVARRÍA; A. JORGE VIERA, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, pp. 61 y ss.

¹⁰⁶ DOMINGUEZ GARCIA, MANUEL ANTONIO. «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 177, Madrid, 1986, pp. 419-477.

¹⁰⁷ GUARDIOLA SACARRERA, ENRIQUE. *Contratos de colaboración internacional*. Barcelona: Bosh, 1998, p. 109; RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO. «Las redes empresariales en el Proyecto de Ley de contratos de distribución español de 2011». En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. VV.AA. Las Rozas: La Ley, L2013, pp. 75 – 87.

¹⁰⁸ PUENTE MUÑOZ, TERESA. *El contrato de concesión mercantil*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1976, pp. 37-39; GARRIGUES. *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1964, T. III, V. I., pp. 414 y 417; IGLESIAS PRADO, JUAN LUIS. «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», En: *Estudio de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, 1978, pp. 251-584.

la obligación de todo vendedor. Las obligaciones fundamentales son las mismas en la compraventa que en el contrato de suministro.

Debido a la relación comercial continuada, el distribuidor tiene la posibilidad de adquirir un precio más bajo a la hora de comprar al fabricante, consecuentemente de tener más margen de ganancia¹⁰⁹. La relación de distribución supone esencialmente por tanto, una operación de compraventa entre el fabricante y el distribuidor, donde el fabricante está obligado a entregar las mercancías y el distribuidor de pagarlas. Siendo la finalidad del contrato de distribución establecer una relación duradera, con el objetivo de a través de este tiempo, este el plazo determinado o no en el contrato, fabricante y distribuidor colaboren en la reventa de las mercaderías objeto del contrato de distribución. Obviamente, como no se trata de un contrato de compraventa puro, se observa en el contrato de distribución algunas características propias, pero que no llegan a ofuscar la esencia del contrato de distribución, que es la compraventa inicial y las futuras, que es a través de estas compraventas futuras que se afianza la relación de colaboración entre empresarios.

La jurisprudencia española por diversas veces utilizó el término compraventa para definir la relación jurídica del contrato de distribución. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2000 (ED 2000/58952) haciéndose eco de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997 que este contrato se caracteriza porque «el concesionario se compromete a vender en una zona determinada y en las condiciones que se pactan, los productos de la concedente, así como a prestar a los usuarios». «La actuación del distribuidor es la propia del que compra para revender adquiriendo la propiedad del género que le transmite la concedente y que la concesionaria revende en el mercado, normalmente en base a los precios que de forma tasada y detallados en un catálogo le impone la concedente, la cual asimismo le exige la participación en campañas de promoción y publicidad y a respetar en sus instalaciones los signos comerciales de la concedente». En este mismo sentido dice en su sentencia de 26 de abril de 2002 (ED 2002/10157).

¹⁰⁹ MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 56.

Por último, destacamos como característica la ausencia de normas imperativas que regulan los contratos de distribución, visto que no existen normas que regulan en cuanto a su sustancia, pero son socialmente típicos¹¹⁰ siendo relevante a estos efectos. Las referencias que se hacen en las normas españolas, son la Ley de defensa de la competencia¹¹¹, de ordenación del comercio minorista¹¹² y de transferencia de tecnología¹¹³. Sumando con las normas de carácter interno, añadimos las normas de carácter Europeo que ratifican el carácter socialmente típico de los contratos de distribución¹¹⁴. Después de tratar de las características del contrato de distribución no es difícil entender, que pese su atipicidad contractual, se trata de un contrato ampliamente utilizado en el mercado, tanto nacional, como internacional.

a) UNICIDAD O PLURALIDAD DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Dentro del ámbito de los contratos de distribución, observamos dos situaciones distintas de contratación; por un lado, la *unicidad* contractual, que trata

¹¹⁰ DÍEZ PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, sexta edición, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 489.

¹¹¹ Ley 15/2007, 3 de julio, de defensa de la competencia.

¹¹² Ley 7/1996, de 15 de enero de 1996, de ordenación del comercio minorista.

¹¹³ R.D. 1750/87, de 18 de Diciembre, que liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas.

¹¹⁴ Reglamento 1983/83 de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 22 de junio relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva. Para los temas sobre la Compra en exclusiva: Reglamento 1984/83 de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 22 de junio. Para los distribuidores selectivos: Reglamento 1475/95 de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 12 de diciembre. Y para los de franquicia de distribución y de prestación de servicios: Reglamento 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre. El Convenio de Bruselas de 1968 sobre Competencia judicial y ejecución de resoluciones y el Reglamento 44/2001 que lo desarrolla y el Reglamento de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En este sentido, PELLISÉ URQUIZA, CRISTINA. *Los contratos de distribución comercial*. Barcelona: Ed. Bosch, 1999, p. 33. Vid. DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil I*, Madrid: Ed. Civitas, 1996; Jordano Barea, JUAN BAUTISTA. «Contratos atípicos». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1953, pp. 303 – 331; ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL. *La interpretación de los contratos atípicos y valoración de las conductas de los contratantes*. Universidad de la Sabana, Colombia: Ed. Grupo Editorial Ibáñez, 2012. CHULIA VICENT, EDUARDO. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: Bosch, 1999; BROSETA PONT, MANUEL Y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO. *Manual de Derecho Mercantil*. vol. II, Ed. Madrid: Tecnos, 2005.

de un único contrato de distribución, pero encontramos en él, tanto las obligaciones de compraventa, como las propias de un contrato de distribución. Y por otro lado, está la *pluralidad* de contratos, que están compuestos por dos contratos separados, divididos en contrato marco y en contrato de compraventa de mercaderías. Sobre el contrato marco y la aplicación de la CISG trataremos detenidamente más adelante.

Tal peculiaridad tiene como consecuencia el problema de la posibilidad de aplicación de diferentes leyes al mismo negocio jurídico. Un problema importante a ser planteado en los casos de aplicación de la CISG a los contratos de distribución, es justamente el análisis de si la Convención se aplica a los contratos de distribución solamente cuando exista un sólo contrato, o aunque se observe la pluralidad de contratos también se aplica la CISG. La jurisprudencia ya tiene asentado que a los contratos de compraventa internacional concluidos dentro de los contratos de distribución se aplica la CISG¹¹⁵.

De lo que se acaba de exponer extraemos algunas cuestiones, como por ejemplo: ¿En caso de *pluralidad* de contratos se aplicará la CISG sólo a los contratos de compraventa o a la totalidad del contrato? En caso de *unicidad* del contrato, pero con distintas obligaciones, ¿se aplicará la CISG en su totalidad o sólo a la obligación de la compraventa? ¿Quedarán algunas cláusulas gobernadas por el derecho interno? Se trata de un problema de delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los ordenamientos jurídicos reguladores de las relaciones entre productor y distribuidor, pero pese a tantas interrogaciones, cabe señalar que para esclarecer qué contrato estará gobernado por la CISG, no se aplicará el Derecho interno para resolver el

¹¹⁵ Número del caso 1020, número de la CLOUT 103, Expanded Tribunal of the Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 28 de enero de 2009. En este caso, las partes firmaron un acuerdo de ventas y distribución. El vendedor reclamaba al comprador el cumplimiento de la obligación de pagar por las mercaderías. ab ida cuenta de ue Serbia había ratificado la CISG, el árbitro determinó ue la CISG debía aplicarse. Además, resaltor ue se debía tener en cuenta la aplicación uniforme de la CISG con base en el artículo 7.1 de la CISG. El árbitro siendo consciente de la polémica sobre la aplicación de la CISG a los contratos de distribución hizo referencia ue, aun ue la CISG no regula los acuerdos de distribución, la Convención es aplicable a las operaciones individuales celebradas en el marco de un acuerdo global, como en el caso de que se trata. Entonces, en el presente caso el vendedor lo que hizo fue hacer sus reclamaciones en operaciones individuales y no en el contrato en su conjunto; Número del caso 281, número de la CLOUT 26. En el presente caso las partes celebraron un contrato a largo plazo que concedía al comprador derechos de distribución exclusiva. El vendedor interpuso una demanda exigiendo el cumplimiento del pago de facturas pendientes. El Tribunal defendió que la CISG era aplicada a la venta del circuito integrado porque, según el sentido de la Convención, las mercaderías comprendían todos los bienes materiales e inmateriales que pudieran ser objeto de un contrato de compraventa internacional, lo que abarcaría los programas informáticos.

impase, ya que es la propia Convención es la que debe determinar qué contratos entran en su ámbito de aplicación y cuales no¹¹⁶.

Referente a este asunto, parte de la doctrina defiende la aplicación de la teoría de la unicidad del contrato. Empleando esta teoría se aplicaría la CISG a la totalidad del contrato de distribución tanto en los casos de *unicidad*, como en los de *pluralidad* contractual y con eso no correría el riesgo de padecer la fragmentación jurídica, especialmente cuando existen relaciones significativas entre las diversas obligaciones del contrato, y teniendo en cuenta que el enfoque general de la CISG es relacionado con cuestiones de interpretación, formación y ejecución del contrato¹¹⁷. Además, la motivación de la teoría de la unicidad es la existencia de semejanzas entre las obligaciones de ambos contratos, lo que corrobora los contratos de distribución.

B) CONTRATO MARCO DE DISTRIBUCIÓN

Dentro del ámbito del contrato de distribución es común la existencia de dos contratos conexos, uno denominado contrato marco, también conocido como acuerdo-marco o contrato-base, y el otro se trata del propio contrato de compraventa de mercancías, que normalmente dependerá de la necesidad del distribuidor¹¹⁸. Para que los contratos sean considerados conexos deben cumplir con los siguientes elementos: Tener idéntica finalidad, semejanza en el objeto, deben contener los mismos contratantes, y por último, existir una dependencia entre ellos. Tales

¹¹⁶ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, p. 248.

¹¹⁷ ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL Y PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *Derecho Mercantil Internacional, El Derecho Uniforme*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, pp. 99 y 100; PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

¹¹⁸ DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONIO. «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS, (Dir.), «Contratos internacionales», Madrid, 1997, p. 1344; J.M. MARTÍN. «La llamada concesión mercantil», *Anuales de Universidad La Laguna*, III, 1965-1966, pp. 161-187.

elementos son fácilmente observados tanto en los contratos marco de distribución como en los contratos de compraventa porque existen una finalidad en común que es satisfecha solamente cuando se cumple con el contrato de compraventa¹¹⁹. La propia naturaleza del contrato marco por si delata su dependencia con otros contratos, puesto que su utilidad, desarrollo y ejecución se encierran en posteriores contratos específicos.

El contrato marco de distribución engloba en su objeto la concreción del contrato de distribución, siendo ambos contratos conexos, lo cual determina que el contrato marco puede perfectamente entrar dentro del ámbito de aplicación de la CISG bajo los mismos fundamentos con que lo hace el contrato de distribución. Pero, además, la CISG establece expresamente que ella regula los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador que proviene del contrato, sin definir de si la obligación o derecho son del contrato de compraventa o del contrato de distribución.

Por lo tanto, el contrato marco es el instrumento suscrito entre el fabricante y el distribuidor en cuyo interior se perfilan las relaciones entre productor y distribuidor tendentes a la ejecución del mismo. Regulando obligaciones, en el cual el fabricante por un tiempo definido o indefinido y, habitualmente, para una zona geográfica determinada, otorga la facultad al distribuidor de comprar y revender sus productos. Tal instrumento jurídico, también puede reflejar otras obligaciones, tales como la licencia de marca, los contratos de formación, el suministro de venta de las mercaderías al distribuidor, en su caso, las obligaciones de compra mínima pactadas, volumen mínimo de venta anual, etc.¹²⁰. Sin embargo, podemos encontrar en los contratos marco de distribución directrices del contrato de distribución.

Existe una discusión en la doctrina y la jurisprudencia sobre si la CISG también se aplica a los contratos marco o si la Convención sólo se aplica a los

¹¹⁹ FRÍAS LÓPEZ, ANA. *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, José María Bosch, Barcelona, 1994, pp. 145 y ss; RICHARD EFRAÍN, HUGO, «Contratos conexos», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, año 2007-2, Ed. Rubizal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 84.

¹²⁰ MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, pp. 125 y ss.

contratos de compraventa establecidos dentro del contrato de distribución. Sobre este asunto, la jurisprudencia ha entendido de forma unánime que la CISG no es aplicable a los contratos marco de distribución internacional, pero sí a los contratos de compraventa concluidos sobre la base del contrato marco de distribución¹²¹. La doctrina, que a su vez, sigue la misma corriente, entiende que en el caso que existen dos contratos separados, la CISG será aplicada solamente al contrato de compraventa y al otro contrato de servicio habría que aplicar el Derecho nacional que corresponda. Debido a la dualidad de contratos existentes en el mismo instrumento contractual de distribución, tal circunstancia proporciona una situación tendente para el operador jurídico, y en caso de controversia, opte por el fraccionamiento legislativo del contrato¹²².

Por el contrario, creemos que la fragmentación resulta un grave problema a la seguridad jurídica¹²³, ya que en el mismo negocio jurídico sería aplicado por normas distintas, por un lado el Derecho uniforme internacional y por otro lado el Derecho nacional, cabiendo la posibilidad que obedezcan a principios distintos o mismamente que sean incompatibles, por eso tal pretensión no es aconsejable¹²⁴.

Tampoco podemos recurrir a la intención de las partes porque sería una rara excepción si la intención de las partes fuera tener dos, posiblemente muy diferentes

¹²¹ En este mismo sentido las decisiones: Gerechtshof Amsterdam, Países Bajos, 16 de julio de 1992 (PACE-UNILEX); En este mismo sentido las sentencias: OLG Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1992 (PACE-UNILEX); OLG München, Alemania, 22 de septiembre de 1995 (PACE-UNILEX); Tribunal Metropolitano, Hungría, 19 de marzo de 1996 (PACE-UNILEX); OLG Düsseldorf, Alemania, 11 de julio de 1996 (PACE-UNILEX) <http://tradelex.com/que-ley-se-aplica-a-una-compraventa-realizada-en-el-marco-de-un-contrato-de-distribucion-internacional-2/>. En regla general, los Tribunales señalan que en este tipo de contratos la parte relativa a la compraventa se rige por la Convención, pero no la otra parte se aplica al derecho interno. Número del caso 169, número de la CLOUT 11, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995. El supuesto era sobre un distribuidor francés que pactó con el productor italiano a distribuir sus mercaderías en Francia. El Tribunal entendió que a la compraventa se aplicaría la CISG.

¹²² SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 250; PELLISÉ URQUIZA, CRISTINA. *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona: Ed. Bosch, 1999, pág. 190.

¹²³ ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL Y PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *Derecho Mercantil Internacional, El Derecho Uniforme*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., p. 100.

¹²⁴ GARRO, ALEJANDRO MIGUEL Y ZUPPI, ALBERTO LUIS. *Compraventa Internacional de Mercaderías*. Buenos Aires: La Rocca, 1990, p. 77.

derechos aplicables a acuerdos que pueden ser separados, pero que se interpretan conjuntamente por las razones planteadas anteriormente¹²⁵.

Creemos que en las situaciones en las cuales no se pueda hacer de otra forma, simplemente porque no existe una norma que pueda abarcar las distintas figuras contractuales en el mismo contrato, es razonable que se proceda a la fragmentación legislativa, pero en el caso específico de los contratos de distribución, existiendo la posibilidad de aplicación de la CISG, que es capaz de gobernar y proporcionar normas uniformes, apropiadas y capaces de solucionar el problema, no podemos estar de acuerdo con la fragmentación legislativa y aplicación del derecho interno, con la consiguiente pluralidad de leyes aplicables.

Asimismo, entendemos que la aplicación de la CISG es perfectamente posible a los contratos marco de distribución a lo que se refiere a la formación del contrato y los derechos u obligaciones del comprador y del vendedor. Los problemas referentes a la validez del contrato, y los efectos que él mismo pueda producir sobre la propiedad de los bienes (derecho de acreedores y procedimiento de insolvencia) se resolverán por las leyes nacionales¹²⁶.

En este propósito, creemos que resulta viable la aplicación de la CISG a los contratos de distribución cuando se considere que las partes han celebrado un contrato que jurídicamente sea divisible o cuando se trate de efectivamente dos contratos con el mismo fin, pues que aplicando la teoría de la *unicidad* se interpreta que se trata de un contrato global por su conexión con el objeto. Esto significa que el Convenio se aplicaría a la totalidad del contrato, especialmente en los temas de interpretación, formación y ejecución del contrato¹²⁷.

¹²⁵ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, p. 250.

¹²⁶ ENRICH, ENRIC Y JAIME MALET. «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías», *Revista Jurídica de Catalunya*, Any XC-Núm. 1, Barcelona, 1991, pp. 133-150.

¹²⁷ ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL Y PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *Derecho Mercantil Internacional, El Derecho Uniforme*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., p. 100.

Bien es verdad, que habrá determinadas cláusulas que puede que no entren en el ámbito de aplicación de la CISG, como por ejemplo la cláusula sobre el derecho de la competencia, que su análisis estará bajo las normas del derecho interno, pero no causará mayores problema, ya que la CISG no dispone de normas sobre la competencia, no existiendo así el conflicto de normas¹²⁸. El problema ocurre cuando dentro del derecho interno del país conviven tanto las leyes nacionales sobre la misma materia que la CISG trata. Y para una mayor uniformidad, el objetivo es aplicar la CISG en el máximo posible de puntos del contrato para que el resultado sea una. Sin embargo, en caso de demanda por motivo de incumplimiento del derecho de competencia, la demanda no se ampara en las normas de incumplimiento del derecho de competencia, sino en el hecho del incumplimiento de la obligación contractual firmada entre los contratante, es decir la reclamación del perjudicado nada más es que una reclamación de responsabilidad contractual.

Además, los litigios derivados de una controversia causada por un contrato marco de distribución, los problemas más complicados están relacionados con los derechos y acciones en caso de incumplimiento -particularmente la cuestión de si el incumplimiento justifica la resolución de la totalidad del contrato. Bien es verdad, que los litigios derivados de los contratos de distribución internacional son muy variados, aunque podrían clasificar en tres grandes frentes. En el primero se incluirían los incumplimientos contractuales. En el segundo, las obligaciones de reparación derivadas de la extinción de los contratos y por fin el tercero puesto estarían los incumplimientos ocasionados por el incumplimiento de las cláusulas que pese la finalización del contrato, subsisten en el tiempo, como por ejemplo: obligación de no vender producto de la empresa X por 2 años¹²⁹. Todos estos problemas son perfectamente resueltos aplicando la CISG (Artículos 3 (2), 7, 8, 9, 25, 30, 35, 41, 42, 43, 45, 61, 77, etc. de la CISG).

¹²⁸ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETI LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGU SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

¹²⁹ JUÁREZ PÉREZ, PILAR. «Contratos internacionales de distribución», en Calvo Caravaca, A. L./ Carrascosa González, J., *Curso de contrato internacional*, Colex, 2003, pp. 333 y ss.

También es cierto que, referente al objeto del contrato, las obligaciones de servicios cuando no sean satisfechas, generan un incumplimiento distinto del incumplimiento de los contratos de compraventa de mercaderías, ya que éstos últimos conciernen al aspecto físico de las mercaderías, como por ejemplo embalaje distinto del pactado, calidad diversa de la contratada, daños, etc., sin embargo, la prestación de servicios genera otro tipo de incumplimiento¹³⁰, pero que éste óbice es irrelevante para la aplicación de la Convención a los contratos marco de distribución, bastando con que se utilicen las herramientas de interpretación y de cumplimiento de la Convención, que serían suficientes para relacionar la aplicación de la CISG al caso concreto¹³¹.

Por ende, entendemos que los negocios jurídicos donde hayan dos contratos, siendo uno de compraventa y el otro de distribución, pero que sean conexos entre ellos, no siendo el contrato de servicio la parte principal de las obligaciones contractuales, se aplicará la CISG según en artículo 3 (2)¹³². En el caso de que haya un sólo contrato, existiendo la obligación de dar y de hacer conjuntamente, y la obligación de hacer, no prevalece sobre la obligación principal del contrato, se aplicará la CISG con base en el mismo artículo.

¹³⁰ Número del caso 1180, número de la CLOUT 122, Tribunal de Apelación del Estado de São Paulo – Sala 16ª de Derecho Privado, de 3 de julio de 2007. El presente caso versa sobre un contrato de distribución de combustible. El Tribunal aplicó el artículo 77 de la CISG sobre la cuestión de la responsabilidad de la parte que invoque el incumplimiento del contrato tiene para adoptar las medidas que sean razonables con el propósito de reducir las pérdidas resultantes de dicho incumplimiento. Además, el Tribunal señaló que, de conformidad con los artículos 187 y 422 del Código Civil brasileño, toda relación contractual debe regirse en todo momento por los principios de equidad y buena fe; Caso número 325, caso CLOUT 31, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 8 de abril de 1999.

¹³¹ HONNOLD O., JOHN. *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 60. Un tratamiento único de este tipo de problema es esencial.

¹³² Número del caso 648, número de la CLOUT 59, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Italia, 18 de octubre de 2002. Un distribuidor italiano y un fabricante alemán celebraron un contrato por el que el distribuidor debía adquirir y distribuir en Italia cierta cantidad de cosméticos. Poco después de que iniciar las primeras entregas el demandante (distribuidor) la empresa alemana hubo comenzado la entrega de las mercaderías, el distribuidor italiano se opuso contra las entregas tardías, la falta de conformidad de las mercancías y del material publicitario. El distribuidor interpuso demanda contra el fabricante reclamando incumplimiento del contrato y daños y perjuicios. El Tribunal concluyó que el contrato se regía por la CISG porque las dos partes tenían sus establecimientos en dos Estados Contratantes art.1.1(a) de la CISG y estando de esta forma cumplido los requisitos sustantivos para la aplicación de la Convención, es decir el contrato para el suministro de mercancías fabricados o producidos debía considerarse un contrato de compraventa, artículo 3 (2) de la CISG; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 409.

Ya en los casos en los cuales haya un sólo contrato, y observase la existencia de la obligación de compraventa y la de servicio, pero que la prestación de servicio sea la obligación principal del contrato¹³³, en este caso no se aplicará la CISG, aplicándose el Derecho interno¹³⁴.

C) ESTIPULACIONES DEL CONTRATO MARCO DE DISTRIBUCIÓN

Como ya hemos comentado anteriormente, en los contratos marco podemos encontrar diversas estipulaciones, tanto aquellas cuestiones propias de la compraventa como por ejemplo la formación del contrato, forma de pago, entrega de mercaderías, forma de entrega, calidad del producto, etc., como también encontramos las obligaciones que complementan y regulan el contrato de distribución, como por ejemplo, cláusulas de exclusividad, uso de la marca, obligaciones del desarrollo o cooperación del marketing, las obligaciones al respecto de la propiedad intelectual e industrial, la obligación de confidencialidad, etc. Estas últimas tienen el objetivo de garantizar la colaboración y afianzamiento de los empresarios, para que el negocio sea lo más económicamente satisfactorio posible.

No obstante, todas estas obligaciones pese a su carácter específico, no propias de la compraventa pura, en caso de controversia entre productor y distribuidor lo que

¹³³ Número del caso 325, número de la CLOUT 31, Suiza: an delsgericht des an tons rich; Suiza, 8 de Abril de 1999. En el presente caso, El Tribunal consideró que la jurisdicción se basa en el lugar de cumplimiento de la obligación y por esta razón se estableció la aplicación de la CISG, en virtud del artículo 5.1 de la Convención de las Comunidades Europeas Competencia y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Además, el Tribunal entendió que los contratos de distribución son los contratos-marco, y que las compraventas individuales celebrados en conexión con el contrato marco de distribución, caen dentro del alcance del ámbito de aplicación de la CISG. El comprador alegó la negativa de aplicación de la CISG debido a que la parte principal de la obligación contractual había sido la prestación de servicios. El Tribunal rechazó el argumento del comprador, señaló que ninguno de los acuerdos de las partes, ni las facturas del vendedor para las entregas individuales contenía estipulaciones relativas a la prestación de servicios. El Tribunal señaló que los acuerdos de venta no pudieron ser clasificados como contratos de servicio únicamente porque los costes de ingeniería para el desarrollo de las unidades fueron más altos que el valor de las materias primas utilizada. En consecuencia, el hecho de que el valor de las unidades era mucho más alto que el precio de los materiales utilizados para su producción, no impedía la aplicación de la CISG.

¹³⁴ Sobre esta materia JORGE CAFFARENA defiende que tal discusión tiene escasa importancia práctica, ya que los defensores de una y otra tesis llegan por una y otra vía a la conclusión de que el problema debe resolverse teniendo en cuenta en primero lugar la voluntad de las partes. CAFFARENA LAPORTA, JORGE en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*, Cívitas, Madrid, 1998, p. 71.

se va a tratar es lo relacionado al incumplimiento, ya sea de la obligación de exclusividad o de la falta de confidencialidad, pero en general dentro de estas hipótesis, sea cual sea el incumplimiento caerá en la red de los remedios y acciones de la CISG¹³⁵. Y sobre este aspecto la Convención está preparada para tratar del tema de incumplimiento, ya que sus normas no dejan de evidenciar los remedios de la teoría general de los contratos¹³⁶.

Entonces, si la CISG refleja los remedios de la teoría general de los contratos, que son, de forma general, un conjunto sistematizado de normas que explican como funciona un contrato y los efectos que produce en el entorno jurídico. ¿Por qué la CISG no puede ser aplicada a los contratos de distribución internacional con prioridad a otras normas de derecho interno?; normas que ni siquiera están diseñadas para dichos contratos al ser un contrato atípico.

Además, uno de los motivos por el cual la CISG es aplicada a los contratos internos civiles y mercantiles de algunos países, como por ejemplo España y Colombia, es debido a la capacidad de la CISG de traslucir el contenido de la teoría general de los contratos. Ejemplo de ello, es la sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo, 532/2012, de 30 de julio, se aplicó el artículo 25 de la CISG de España. En este caso, los demandantes se suscribieron en condición de franquiciadas, para la distribución y venta de productos de calefacción y climatización fabricados, con pacto de exclusiva. Pese a que se trataba de un contrato nacional, sobre el

¹³⁵ Los artículos que tratan de los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor son los artículos 45 a 51 y los artículos que tratan de los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador 61 a 65.

¹³⁶ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244 FIERRO MÉNDEZ, RAFAEL ENRIQUE, *Teoría General del contrato –Contratos Civiles t Mercantiles*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, Colombia, 2007, pp. 1 y ss. Debido a que la CISG trasluce los remedios de la teoría general de los contratos, de ahí que no resulta infrecuente que la Convención de Viena se aplique de forma supletoria o analógica para regular otros contratos mercantiles o civiles nacionales, pues no en vano es el modelo preferido para regular el moderno dereno de contratos.

incumplimiento de la cláusula de exclusiva, argumentando que la CISG hacía parte del sistema jurídico español desde 17 de julio de 1990¹³⁷.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Colombia, Bogotá, D. C., 21 de febrero de 2012, donde se decidió el recurso de casación, contra la sentencia proferida el 24 de julio de 2009, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. La demanda se solicitaba la revisión del contrato de mutuo para préstamo de vivienda, al considerar los demandantes que por circunstancias imprevistas se hizo más gravosa la deuda. Los juzgadores mismos admitiendo que utilizaría la CISG como carácter orientativo, admiten que la CISG sobre el tema carece de previsión, pero hace referencia al artículo 79 de la CISG, que prevé la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la obligación.

Destacamos también otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 30 de agosto de 2011. En este caso, fue celebrado contratos de afiliación o vinculación de vehículos entre empresas establecidas en Colombia. En la disputa judicial, el demandante solicitó que fuera declarado la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada por incumplimiento a los contratos o, en subsidio, su resolución, y en uno u otro caso, condenarla a pagar la indemnización de los daños causados en la cuantía respectiva y más intereses. Referente a la justificación del pacto de terminación unilateral del contrato, el Tribunal utilizó como argumento la CISG para complementar las lagunas del derecho nacional, señalando a tal propósito, los artículos 49 a 64 de la CISG¹³⁸.

¹³⁷ Sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo, 532/2012, Madrid, 30 de julio de 2012. (Esta sentencia es respuesta al recurso de casación sobre contrato de franquicia, reclamación de cantidad y pacto de exclusiva. «se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990, cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación»).

¹³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 30 de agosto de 2011. El caso es sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, aprobada por la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, declarada exequible según sentencia C- 529 de 2000 y promulgada por el Decreto 2826 de 2001, autorizan a cada parte para declarar resuelto el contrato por incumplimiento esencial, y diferir el cumplimiento en los contratos con entregas sucesivas cuando es

En este mismo sentido, la sentencia del Juzgado segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, 28 de febrero de 2013, se trata de otra disputa judicial donde el juzgador aplica la CISG al contrato nacional. El caso versa sobre la compraventa de un inmueble que debería estar libre de cargas. Uno de los puntos de la demanda, era que el comprador reclamaba que en virtud de la imposibilidad del inscribir su derecho de propiedad le generaba un obstáculo jurídico para el pleno ejercicio, goce y disposición del derecho de dominio sobre el inmueble en cuestión. La jueza en este punto hace referencia los autores MAR A CLARA CABRERA ORJUELA, y DIEGO RICARDO GALÍN BARRERA¹³⁹, y hace mención al artículo 35 de la CISG, que se refiere a la conformidad material del vendedor de entregar las mercaderías con la calidad y cantidad pactada. También hace alusión al artículo 41 CISG, que establece que el vendedor debe entregar las mercaderías libre de cualquier obstáculo legal.

Como podemos observar existe referencias suficientes para atestar que la CISG puede ser perfectamente aplicada con éxito en contratos nacionales, sea para suplir las lagunas del derecho nacional o por analogía para regular otros contratos civiles o mercantiles¹⁴⁰.

manifiesto «*que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones*» por las causas señaladas (resolución por anticipación).

¹³⁹ CABRERA ORJUELA, MAR A CLARA y GALÍN BARRERA, DIEGO RICARDO. «Comentarios a la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, aprobatoria de la Convención de la Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en Colombia, específicamente al N.º 3 (obligaciones de las partes)», *Colombia Universitas*, Editora Pontificia Universidad Javeriana Bogota Dc, v.fasc., 2001, pp. 357-439.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 22 de abril de 2014. El caso se trata de un litigio meramente nacional. La Corte Suprema utilizó el artículo 41 de la CISG para explicar el correcto cumplimiento de la obligación de vender un bien embargado en pública subasta judicial, supliendo un vacío legal en el ordenamiento jurídico. La Corte Suprema entendió hay falta de conformidad (artículo 41 de la CISG) cuando varios gravámenes recaen a un inmueble a subastar y debido a la falta de conformidad el adquirente no puede ejercer su derecho de propietario que es la disposición, el goce del dominio y la inscripción del registro competente. <http://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/el-salvador/>

d) MARCO COMÚN EUROPEO DE REFERENCIA. LIBRO IV. E

5:101

Para corroborar nuestra tesis, traemos a colación el Marco Común Europeo de Referencia para el Derecho Contractual, a continuación DCFR¹⁴¹. En su artículo IV. E 5:101 DCFR trata del ámbito de aplicación y definición del contrato de distribución¹⁴². En el apartado (1) encontramos la definición de contrato de distribución, y en ella verificamos que existe una cadena sucesiva de acciones: La primera sería la acción del proveedor de *suministro*, la segunda sería la obligación del distribuidor *comprar y pagar* y la tercera sería la labor del distribuidor de *revender* las mercaderías en su propio nombre y por su cuenta a otros¹⁴³.

Continuando con el análisis de los demás apartados- 2, 3 y 4, los cuales ofrecen la definición de tres modalidades socialmente típicas y consolidadas del contrato de distribución, comprobamos que las definiciones hacen referencia a la compraventa de bienes entre el proveedor y el distribuidor¹⁴⁴. Parte de la doctrina

¹⁴¹ PUYALTO FRANCO, MARÍA JOSÉ. *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), Tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, p. 1601. El concepto de los Principios de Derecho Europeo sobre los contratos mercantiles de agencia, franquicia y distribución los encontramos en el Marco Común de Referencia en el Libro IV.

¹⁴² PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETI LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGU SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1241.

¹⁴³ Marco Común de Referencia Libro IV. E 5:101: Ámbito y definiciones: El presente Capítulo se aplicará a los contratos (Contrato de distribución) en virtud de los cuales una de las partes, el proveedor, acuerda suministrar a la otra parte, el distribuidor, ciertos productos de forma continuada y el distribuidor se compromete a comprarlos, o «tomar y pagar por ellos», y suministrar en su propio nombre y por su cuenta a otros.

- (1) Un contrato de distribución exclusiva es un contrato de distribución en virtud del cual el proveedor se compromete a suministrar productos a un solo distribuidor en un territorio determinado o a un determinado grupo de clientes.
- (2) Un contrato de distribución selectiva es un contrato de distribución en virtud del cual el proveedor se compromete a suministrar productos, ya sea directa o indirectamente, solo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos.
- (3) Un contrato de compra exclusiva es un contrato de distribución en virtud del cual el distribuidor se compromete a comprar o «tomar y pagar», solo los productos del proveedor o de un tercero designado por el proveedor.

¹⁴⁴ La definición del contrato de distribución se trata de una novedad, puesto que no raramente nos encontramos con un reglamento jurídico que se dedica a tratar de este tema.

defiende, que el propósito fundamental de este tipo contractual es la colaboración¹⁴⁵, lo que se ha de divergir, al menos parcialmente, ya que la relación jurídica del contrato de distribución es un conjunto de acciones (compraventa y colaboración) que deben confluir de manera sincronizada para que se concrete el negocio. Lógicamente, añadiendo al propósito los elementos esenciales señalados por la doctrina y jurisprudencia de los distintos estados miembros: el suministro y la compraventa, tal como hace referencia la *Full Edition* la definición del contrato de distribución ofrecido por el DCFR¹⁴⁶.

Siguiendo la corriente defendida en este trabajo, el contrato de distribución puede ser tratado para efectos de aplicación de la CISG, como un contrato de compraventa con obligaciones accesorias, pues por el simple fato de pertenecer a un contrato de distribución responde a tipos singulares que caracterizan este tipo contractual. Entre las obligaciones podemos destacar las mencionadas en el apartado (2) del artículo 5:101, que trata de la exclusividad en un determinado espacio geográfico.

Por eso, entendemos que la diferencia en ambos contratos no trata de una discrepancia vertiginosa, todo lo contrario, pese a que los contratos de distribución poseen más obligaciones contractuales que en las verificadas en los contratos de compraventa, este obstáculo no debe ser el freno para la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, ya que la aplicación de la CISG traerá más beneficios que perjuicios.

E) LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA

En los textos sobre los contratos de distribución, es casi unánime la presencia de la expresión *seguridad jurídica* o dicho mejor *inseguridad jurídica*. El contexto

¹⁴⁵ PUYALTO FRANCO, MARÍA JOSÉ. *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), Tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, p. 1602.

¹⁴⁶ VAQUER ALOY, ANTONI, BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores). *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, p. 1603.

en el cual está inserido tal expresión está relacionado directamente con la carencia de regulación de los contratos de distribución, que crea una situación de inseguridad jurídica para los contratantes. Se trata de una situación jurídica muy seria y que merece una solución rápida, pero quizás nos hemos acostumbrado con el paso del tiempo a mirar con ojos de normalidad la falta de leyes específicas que regulen a los contratos de distribución internacional¹⁴⁷.

La seguridad jurídica en todas las relaciones tiene una importancia tal que podemos decir que fue por la necesidad de tenerla que genera para la creación del conjunto de normas capaz de regular la vida en sociedad. Veamos: Si preguntáramos, ¿Por qué existen las leyes? ¿Para qué sirven? Ciertamente llegaremos a la conclusión que es para organizar nuestra vida en sociedad. Y esta organización lo que nos aporta es la *seguridad jurídica* en la vida social, es tener la certeza que las promesas serán cumplidas, y que en caso de incumplimiento existen normas específicas para cada asunto, y todo un sistema jurídico, que se pondrán en marcha para asegurar que lo pactado será cumplido. Es exactamente lo que está faltando en las relaciones de los contratos de distribución internacional.

Los filósofos hablan de seguridad jurídica como el motivo o la razón misma de ser del Derecho¹⁴⁸. Según el filósofo Recasens¹⁴⁹, el Derecho no ha nacido por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar la ineludible urgencia de seguridad jurídica y de certeza en la vida social. En resumen, la seguridad jurídica es la seguridad que el derecho nos confiere de tener la certeza de un sistema de normas ciertas, porque tal certeza responde a la necesidad decisiva

¹⁴⁷ MAMBRILLA RIVERA, VICENTE. «La contratación mercantil en la normativa «supranacional»: exposición del Derecho unificado y comunitario», *Revista de Estudios Europeos*, N.º 3, 1993, p. 5.

¹⁴⁸ ARCOS RAMÍREZ, FEDERICO. *La Seguridad Jurídica una Teoría Formal*, Madrid: Dykinson, 2000, pp. 14 y ss. Según este autor, no considera que la seguridad considerada como motivo de ser del Derecho deba llamarse propiamente seguridad del Derecho ni, por tanto, seguridad jurídica. La seguridad se trata de un estado o principio que no alcanza suficientemente al propio Derecho, ya que sólo exige de éste que se constituya como un orden, pero no establece cómo debe estructurarse y funcionar dicho orden.

¹⁴⁹ RECASENS SICHES, LUÍS. *Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, 3ª ed. Porrúa, México, 1953.

de previsibilidad: Es necesario prever las consecuencias de los actos y determinar por consiguiente lo que se puede y debe hacer¹⁵⁰.

Como hemos visto, la seguridad jurídica se trata de un principio de gran consideración, pero su importancia no se quedó en el pasado, sigue en los días de hoy y está amparada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos, y en el caso de España este principio está reconocido y garantizado por la Constitución Española en el artículo 9.3¹⁵¹.

Tal como está la situación de los contratos de distribución internacional, el Estado no garante el propósito de la Constitución española, ni tampoco, como hemos visto con la finalidad del Derecho porque no hay garantía de seguridad jurídica. Sin embargo, con la aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional, que constituye uno de los textos del Derecho uniforme de mayor éxito, no sólo por su aceptabilidad entre muchos países, si no también por la influencia¹⁵² que ha ejercido en la regulación de un Derecho uniforme internacional, además en el caso de los contratos de distribución internacional tiene la capacidad de aportar seguridad jurídica, lo que evidentemente acrecentará la confianza entre las partes contratantes.

Al principio de este apartado puntualizamos que la carencia de regulación de los contratos de distribución internacional y consecuentemente la falta de seguridad jurídica, se trataba de una situación jurídica muy seria, y que merecía una solución rápida. Somos consientes que por cuestiones quizás política, más que jurídica, tenemos la sensación que en España ningún Gobierno se atreve a tratar de forma definitiva la regulación de los contratos de distribución, sea en el ámbito nacional como internacional. No es novedad que por el alto significado que la distribución ocupa dentro de la economía española, los grandes concesionarios ejercen una

¹⁵⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, NORBERTO. *Teoría Crítica de la Seguridad Jurídica*, Departamento de Fundamentos del Derecho y de Derecho Penal, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, pp. 9 y 10.

¹⁵¹ Artículo 9.3 de la Constitución española: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

presión tremenda para que no sea aprobada una ley que limite los privilegios de los que hoy gozan.

Se observa claramente, que la aprobación de una ley específica para la materia, a día de hoy es casi misión imposible, pero por otro lado, tenemos la CISG que cumple notablemente con el papel, y aporta la seguridad jurídica que a día de hoy los contratos de distribución necesitan, ofreciendo un orden cierto y eficaz de las reglas básicas, una ley uniforme de previsión y confianza. Entendemos que por tratarse de un principio de tal grandeza y por existir una norma como la CISG, que puede ofrecer respaldo jurídico para los contratantes que hoy no la tiene, *per si* ya debería justificar la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, puesto que lo que no se puede aceptar es que existiendo la CISG una ley uniforme que ha sido sobradamente aprobada por diferentes países y distintos sistemas jurídicos, estén los contratos de distribución internacional sin amparo.

La falta de regulación de los contratos de distribución internacional, a parte de causar otros problemas, en la práctica dificulta la negociación porque si no existe una ley uniforme que regule la materia las partes además de tener las negociaciones propias del negocio, también disputarán cuál ley será aplicada al contrato. Por consiguiente, aumentan las dificultades para negociar el contrato, ya que las partes saben que todo lo dispuesto en el contrato adquiere una importancia, todavía, más grande que si hubiera una regulación sobre la materia. Y la consecuencia de la incertidumbre del derecho que será aplicado genera inseguridad jurídica entre los contratantes, lo que añade más obstáculos a los negocios internacionales, principalmente para las empresas de mediano porte que no tiene capital para pagar asesoría jurídica en cada país que hago negocio.

Además, la situación se agrava cuando se trata de negocios entre una empresa de pequeño o mediano porte con el distribuidor y la empresa de mayor porte con el fabricante, que por su fuerza, la empresa de mayor porte impone su reglas con base al derecho nacional, quedando los distribuidores a merced de las grandes empresas, ya que, las reglas de base del Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, es la autonomía de la voluntad, es decir, los contratos

están sometidos a la ley nacional «elegida» por las partes¹⁵³. La palabra elegida está entre comillas porque sabemos que en la mayoría de los casos no hay elección y sí imposición.

F) EL CONTRATO DE AGENCIA, CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Ante la carencia de normas uniformes que regule a los contratos de distribución internacional, es común que los Tribunales apliquen por analogía las reglas propias del contrato de agencia a los contratos de distribución¹⁵⁴. Pero, ¿realmente hay tanta similitud entre los contratos de agencia y de distribución para que sea aplicada la ley del contrato de agencia a los contratos de distribución? ¿Será que en la CISG no encontramos más puntos compatibles con los contratos de distribución que las leyes propias del contrato de agencia? Veamos¹⁵⁵:

En el ordenamiento jurídico español el contrato de agencia está regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, que es resultado de la transposición de la Directiva

¹⁵³ Este principio está expresado en el artículo 3 (1) del Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 149/2011, (Sala 1), Madrid, 3 de marzo de 2011. «Se trata de un contrato de distribución en exclusiva para los mercados nacional e internacional, que tiene por objeto el programa de ordenador UCE-SOFT y la máquina denominada Terminal de Diagnóstico Universal ambos comercializados bajo la marca registrada Bretón Número 1986.815/4. Se trata pues de un contrato de distribución, contrato atípico por cuanto carece de una regulación específica en nuestro derecho. Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de noviembre de 2000 (ED 2000/58952) haciéndose eco de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997 que este contrato se caracteriza porque (...) el concesionario se compromete a vender en una zona determinada y en las condiciones que se pactan, los productos de la concedente, así como a prestar a los usuarios y adquirentes de dichos productos determinada asistencia técnica.

Por último, y en cuanto a su relación con el contrato de agencia, cabe sostener la posible aplicación analógica de la Ley 12/1992, por la semejanza en el respectivo tracto prestacional y en el objetivo básico del negocio de intercambio, si bien, su diferencia relevante radica en que frente a la cuantificación de la indemnización «ope legis» de la agencia según la Ley -arts. 28 y ss.-, en la concesión sus resultados indemnizatorios se obtendrán por la aplicación de los arts. 1101 y ss. c.c. (arts. 1106 y 1107), al margen de que en el «quantum» correspondiente se utilice el módulo de aquella ley»; Otra sentencia es la del Tribunal de Apelación de París de 10 de abril de 1972, en caso se trataba de un contrato de concesión y a la hora de determinar la ley aplicable el Tribunal francés equipara la concesión a los contratos de agencia.

¹⁵⁵ Vid. La diferencia entre el contrato de distribución y otros contratos como el contrato de agencia, contrato de comisión y corretaje. TORRUBIA CHALMETA, BLANCA. «El contrato de distribución selectiva». N.º 8. *Revista de la Competencia y la Distribución*, 2011, pp. 96 y ss.

86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. El contrato de agencia se define, en el artículo 1, como aquél por el cual:

«una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones».

En el contrato de agencia, el agente es un intermediario independiente, sin embargo aunque se trate de un intermediario independiente respecto a los empresarios, observamos que la relación que conecta agente y representado es bastante estrecha, siendo el agente libre para organizar su actividad profesional.

Lo que podemos extraer sobre el papel del agente es que éste trabaja a cambio de una remuneración que recibe del principal, se compromete a promover y/o concluir operaciones de comercio por cuenta ajena. Es decir, el agente no compra o vende las mercaderías en su nombre, ni tampoco asume los riesgos de la transacción comercial, como sí observamos en los distribuidores. La labor del agente es comprar o vender, pero por cuenta ajena y en caso de perjuicio no responde de ellos; todo ello actuando bajo las expresas instrucciones del representado. Y por tal diferencia que la sentencia A.P. Pontevedra 659/2012 de 20 de diciembre defiende la improcedencia de aplicar, de un modo automático, el régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución, veamos:

*«Cuarto.—Siendo afines los contratos de agencia y distribución **existen entre ellos diferencias que han sido puestas de relieve por la doctrina y la jurisprudencia.***

Así, mientras en el contrato de agencia el agente promociona y concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y a nombre del mismo, a cambio de una comisión, en el contrato de distribución el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial. Tal diferenciación, según

criterio jurisprudencial, determina la improcedencia de aplicar, de un modo automático, el régimen jurídico del contrato de agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo) al contrato de distribución».

Todo ello, bajo las instrucciones del Acuerdo adoptado por el Tribunal Supremo de España el 20 de diciembre de 2005, donde se acordó la aplicación analógica de la ley sobre Contrato de Agencia (artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo) a los contratos de distribución, específicamente sobre la indemnización por clientela. Los Magistrados del Tribunal Supremo acordaron que:

«no procede en términos generales la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos tales como concesión, distribución y similares. No obstante los criterios que dicho artículo establece resultarán aplicables cuando exista identidad de razón, esto es, la creación de clientela y su existencia, generada por quien solicita la indemnización, que resulte de aprovechamiento para el principal, examinándose en todo caso de quién resulta ser el cliente».

Bien es verdad, que a primera impresión el texto transmite la sensación que el Tribunal Supremo rechaza la aplicación del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución, sin embargo, continuando con la lectura del Acuerdo se verifica que la aplicación analógica sigue vigente, pero no de una forma automática, aplicándose apenas los requisitos, y además los magistrados hacen un matiz que para la aplicación de la Ley del Contrato de Agencia es necesario que se verifique la existencia de la *identidad de razón*. La *identidad de razón* es el elemento principal por excelencia de la analogía, y que supone, por un lado, no olvidar, como señala la doctrina, que cuando se aplica el método analógico «no se está extrayendo una norma de otra normal o subnormal, porque no es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley»¹⁵⁶.

¹⁵⁶ SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO, «Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a la indemnización por clientela», Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, N.º 2, La Ley, 2008, p. 281.

Continuando con las comparaciones entre agente y distribuidor, la figura del distribuidor es todo lo contrario del agente, dónde el distribuidor actúa como un intermediario independiente, en nombre propio ya como comprador frente al empresario principal/fabricante, y como vendedor frente a otro distribuidor en la cadena o el consumidor final. Así, el distribuidor compra las mercaderías del fabricante para revenderlas a un tercero, puede ser minorista o consumidor final¹⁵⁷. Como podemos observar la relación principal implica una compraventa de mercadería entre el fabricante y el distribuidor. Distintamente de lo observado en el contrato de agencia, el distribuidor adquiere la propiedad sobre las mercaderías con todos los riesgos inherentes a ésta, como por ejemplo, en el caso que el distribuidor no venda, la pérdida será responsabilidad integral del distribuidor. No hay nadie por encima del distribuidor que pueda responder por los perjuicios, ni siquiera solidariamente en casos de pérdidas¹⁵⁸.

En otras palabras, el distribuidor siempre asume el riesgo de las operaciones que realiza, y por el contrario, el agente actúa por cuenta y riesgo del otro empresario, salvo que se pacte lo contrario, cosa que no suele ocurrir en la práctica.

Referente a la remuneración, el agente percibe una remuneración directamente del principal, casi siempre en forma de comisión. Mientras que el distribuidor percibe la diferencia entre el valor de las mercaderías comprada por el distribuidor y el precio de reventa a los clientes, ya sean ellos consumidores finales o minoristas.

En este sentido para corroborar con nuestra argumentación, el Tribunal Supremo subraya las diferencias entre los contratos de distribución y el contrato de agencia en las Sentencias de 26 de julio de 2000, de 5 de febrero de 2004 y 16 de

¹⁵⁷ Así se puede verse las sentencias españolas: STS de 8 de noviembre de 1995; STS de 17 de mayo de 1999; STS de 19 de mayo de 1999; STS de 12 de julio de 2000; STS de 16 de noviembre de 2000; STS de 5 de febrero de 2002; STS de 5 de febrero de 2004; STS de 9 de febrero de 2004; STS 16 de octubre de 2005.

¹⁵⁸ KAHN, P.H., «Nota a Sentencia Tribunal de Apelación de París de 10 de abril de 1972». Journ. dr. int., 1973, p. 370. Se critica que el Tribunal no analiza la verdadera naturaleza de los contratos de concesión. Menciona que la analogía con los contratos de agencias no debe ser completa, puesto que el concesionario actúa en nombre propio, ya el agente actúa en nombre del representante. Claramente el concesionario disfruta de una independencia que el agente no tiene.

octubre de 2006 en la que hace un revisión de la jurisprudencia anterior sobre las diferencias entre contrato de distribución y contrato de agencia.

«Así como el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto de exclusiva –positivo y negativo-: vender sólo el concesionario y no vender nadie más en su zona».

En resumen como señala la jurisprudencia¹⁵⁹ las diferencias entre estos dos contratos afectan directamente al objeto, a la forma de actuación del fabricante y al sistema de retribución, ya que el contrato de distribución no tiene como objeto la promoción de ventas, sino la compraventa. Respecto a la actuación, el distribuidor actúa por cuenta propia y el agente por cuenta ajena, y por fin, la retribución del distribuidor depende de la reventa de las mercaderías y su ganancia en la diferencia del valor comprado por el fabricante al valor vendido al consumidor, mientras que el agente trabaja por comisión o por una cantidad fija, o ambas (Artículo 12 de la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de agencia.)¹⁶⁰.

En el ámbito internacional, hay dos textos que la doctrina¹⁶¹ indica que regulan el contrato de distribución internacional. El primero es el Convenio de

¹⁵⁹ En este sentido las sentencias STS de 8 de noviembre de 1995; STS de 17 de mayo de 1999; STS de 19 de mayo de 1999; STS de 12 de julio de 2000; STS de 16 de noviembre de 2000; STS de 5 de febrero de 2002; STS de 5 de febrero de 2004; STS de 9 de febrero de 2004; STS 16 de octubre de 2005.

¹⁶⁰ Artículo 12 Comisión por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia.
1. Por los actos y operaciones que se hayan concluido durante la vigencia del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
a) Que el acto u operación de comercio se hayan concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente.
b) Que el acto u operación de comercio se hayan concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.
2. Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente.

¹⁶¹ DURÁN AYAGO, ANTONIA, «La jurisdicción competente y legislación aplicable de la distribución transnacional», en CARBAJO CASCÓN, FERNANDO, *Los contratos de distribución en las propuestas arminazadoras del derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015, pp. 641 y ss; SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO, «Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a la indemnización por clientela», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N.º 2, La Ley, 2008, pp. 277 y ss.

Ginebra de 1983 sobre Representación en Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante Convenio de Ginebra) y, el segundo, se trata del Convenio de La Haya 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación.

Sin embargo, como podemos observar en el artículo 1, del Convenio de Ginebra sigue la misma retórica de aplicar reglas de contratos de agencia a los contratos de distribución.

*«1) Esta Convención se aplica cuando una persona, **el agente**, tiene poder o pretende tener poder para concluir, en favor de otra persona, el representado, un contrato de compraventa de mercancías con una tercera parte.*

*2) Rige no sólo la conclusión de tal contrato por **el agente**, sino que también cualquier acto efectuado por este con el propósito de concluir tal contrato o en relación a su ejecución.*

(3) Se preocupa sólo de las relaciones entre, por un lado, el representado o el agente y, por otro lado, la tercera parte.

(4) Se aplica independientemente del hecho que el agente actúe en su propio nombre o en el nombre del representado».

Por otro lado, está el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediación y representación.

«El presente Convenio determinará la ley aplicable a las relaciones de carácter internacional que se crean cuando una persona, el intermediario, tiene el poder de actuar, actúa o pretende actuar en sus relaciones con un tercero por cuenta de otra persona, el representado.

Incluye la actividad del intermediario consistente en recibir y en comunicar proposiciones o en realizar negociaciones por cuenta de otras personas.

El Convenio se aplicará tanto si el intermediario actúa en nombre propio como en nombre del representado y tanto si su actividad es habitual como ocasional».

El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación y el Convenio de Ginebra presentan una característica semejante en cuanto a la figura del agente o intermediario, que establece como norma la vinculación dependiente con su representado, y la excepción a la regla la posibilidad del agente de actuar en nombre propio, pero bien sabemos que en la práctica tal posibilidad es rara porque el vínculo con el representado siempre existirá, ya que el agente no compra o vende para sí, pero siempre para *outren*. Veamos en el artículo 5 del Convenio de Ginebra la definición de agente y su vinculación con el representado:

*«El representado, o un agente que **actúe bajo las expresas o implícitas instrucciones del representado**, puede acordar con la tercera parte de excluir la aplicación de esta Convención o, sujeto a lo que se señala en el artículo 11¹⁶², establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos».*

Otra información, como mínimo curiosa, es que ambos textos no están vigentes en España¹⁶³, siendo su aplicación condicionada a la voluntad de las partes. La crítica que hacemos es que se trata de textos que fueron realizados para contratos diferentes de los contratos de distribución, y que además no están vigentes en España.

Como podemos observar, pese a la buena intención de los doctrinadores¹⁶⁴ en establecer una ley uniforme aplicable a los contratos de distribución, está claro que

¹⁶² Artículo 11 del Convenio de Ginebra: No se aplicará ninguna disposición del artículo 10, del artículo 15 o del Capítulo IV que permita efectuar un poder, una ratificación o una terminación de poder en una forma que no sea por escrito, en el caso que el representado o el agente tengan su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 27. Las partes no podrán establecer excepciones a este párrafo ni modificar sus efectos.

¹⁶³ Información de la web <https://www.hcch.net/es/states/hcch-members/details1/?sid=69>.

¹⁶⁴ URÍA, RODRIGO Y MENÉDEZ AURELIO, POR ALONSO SOTO, RICARDO, *Curso de Derecho Mercantil II*, Civitas, Madrid, 2008, p. 211; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 30ª ed., 3ª en Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2013.

una vez más se trata de aplicar por analogía a los contratos de distribución reglas que corresponden al contrato de agencia, y se puede apreciar que faltan *identidad de razón* como para justificar a modo de principio la aplicación por analogía de las normas del contrato de agencia a los contrato de distribución¹⁶⁵.

G) APROXIMACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN A LA CISG

Sólo a título comparativo, con el objetivo de demostrar que los contratos de distribución se aproximan más a los contratos de compraventa que a los contratos de agencia, traemos los artículos 30 y 53 de la CISG.

Artículo 30 de la CISG:

El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención

Artículo 53 de la CISG:

El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

La CISG no establece una definición del contrato de compraventa, pero de los dos artículos anteriormente citados, por describir algunas de las obligaciones del comprador y del vendedor, podemos deducir la definición del contrato de compraventa. Y como podemos observar, establecen dos obligaciones características del comprador: una que es pagar el precio, y otra recibir las mercaderías. Ambos artículos establecen las obligaciones principales y esenciales del contrato de compraventa regido por la CISG. Por otro lado, en la actuación del distribuidor, es la propia del empresario que compra para revender adquiriendo la propiedad del género que le transmite el fabricante y que el distribuidor revende en el mercado, es decir,

¹⁶⁵ Las sentencia SS 29 de septiembre de 2006 y 22 de marzo de 2007 hacen referencia a la identidad de razón como criterio interpretativo inspirador para la aplicación de una ley por la analogía.

todas las actuaciones del distribuidor están relacionadas directamente en torno de la compraventa de mercaderías, como por ejemplo, las obligaciones de compra, entrega, recepción y pago de precio¹⁶⁶.

Otra semejanza es que tanto el comprador en el contrato de compraventa puro (CISG), como el distribuidor no reciben ninguna remuneración del fabricante en virtud de las ventas realizadas, los dos actúan en nombre propio, asumiendo los riesgos de la venta. Ya el agente actúa bajo las expresas o implícitas instrucciones del representado, sin embargo, el distribuidor por regla general actúa en nombre propio.

Con base a estas informaciones y haciendo una comparativa con los contratos de distribución, está claro que el contrato de distribución presenta características propias, pero bien es verdad que este tipo de contrato se acerca mucho más a los contratos de compraventa que a los contratos de agencia¹⁶⁷. Siendo hasta una razón más para que se aplique la CISG a los contratos de distribución internacional. Además la CISG tiene vocación para la aplicación a operaciones contractuales más complejas que la venta definida como el simple intercambio de una mercadería contra el pago del precio, como ya hemos visto cuando tratamos del artículo 3.1 de la CISG¹⁶⁸.

Nuestra intención no es declarar que los contratos de distribución y los contratos de compraventa son lo mismo, nuestro objetivo es demostrar que a falta de un Tratado internacional que regule específicamente a los contratos de distribución internacional, la CISG por sus características puede ser aplicada a los contratos de distribución, como también a los contratos de mixtos de distribución y compraventa, de forma supletoria, o analógica, o por la aplicación de las normas de teoría general

¹⁶⁶ En la sentencia del Tribunal de Versalles de 24 de marzo de 1971, el caso era sobre un contrato de concesión. En el contrato no habían pacto de elección de ley. En las discusiones sobre cuál ley sería aplicada, la sociedad alemana defendió la equiparación del contrato de concesión al contrato de compraventa. Pero el Tribunal si adentrar en el tema descartó los argumentos de la sociedad alemana.

¹⁶⁷ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *La indenización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 24 – 26. Para este autor la categoría de los contratos de distribución se amplía, con el objeto de dar cabida en ella a una serie de contratos, de difícil encaje sistemático, a través de los cuales se persigue la cooperación en la actividad mercantil de un empresario – colaboración en sentido amplio.

¹⁶⁸ Vid. pp. 124 y ss de este trabajo.

de los contratos, ya que la CISG no deja de traducir los remedios de la teoría general de los contratos, o por reproducción mimética de las normas de compraventa¹⁶⁹. Por lo tanto da solución más acorde con las características del contrato de distribución, ya que la CISG por estar más estrechamente vinculada tanto a la compraventa como a la distribución, además de permitir la unificación del régimen aplicable en todo el contrato, con más claridad, conexión y previsibilidad¹⁷⁰.

¹⁶⁹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1234.

¹⁷⁰ Número del caso 1180, número de la CLOUT 122, Tribunal de Apelación del Estado de São Paulo – Sala 16ª de Derecho Privado, Brasil, 24 de abril de 2008. Los compradores firmaron un contrato con el vendedor para la distribución de combustible. Se aplicó el artículo 77 de la CISG Número del caso 379, número de la CLOUT 34, Corte di Cassazione, sez.un., Italia, 14 de diciembre de 1999. El caso se trataba de la celebración de un acuerdo relativo a la venta y distribución de mercaderías. El Tribunal Supremo confirmó la jurisdicción de los Tribunales italianos con arreglo al artículo 5 1) del Convenio de Bruselas y el artículo 4 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. El Tribunal Supremo también respaldó su parecer mencionando el artículo 57 1) a) de la CISG, según el cual el precio deberá pagarse en el establecimiento del vendedor, y recalcó que ese artículo enuncia una regla general cuya aplicación sólo podrá excluirse invocando una disposición, ya sea legal o contractual, en la que se estipule un lugar de pago distinto del establecimiento del vendedor. En consecuencia, la decisión se basó en el supuesto de que la CISG se aplica no solamente a las ventas, sino también a los acuerdos de distribución, siempre y cuando se los pueda considerar cláusulas accesorias a un acuerdo de venta. Se verifica que en las sentencias presentadas a continuación se aplicó la CISG a los contratos de compraventa, pero no a los acuerdos marco del contrato de distribución. Número del caso 126, número de la Caso CLOUT 9, Tribunal Metropolitano de Hungría, 19 de marzo de 1996. Se decidió que la CISG no se aplicaría a los acuerdos de distribución exclusiva; Número del caso 92, número de la Caso CLOUT 7, Tribunal *Ad hoc* Arbitral de Florencia, 19 de abril de 1994. Pese que el laudo estableció que la CISG no era aplicable al caso, uno de los árbitros discrepó, declarando que en su opinión la CISG era aplicable de conformidad con el artículo 1.1.b; Número del caso 281, número de la Caso CLOUT 26, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993, se admitió en parte la aplicación de la CISG. El Tribunal sostuvo que la CISG se aplicaba a la venta de programas informáticos, según el sentido de la Convención, las «mercaderías» comprendían todos los bienes materiales e inmateriales que pudieran ser objeto de un contrato de compraventa internacional, lo que abarcaría los programas informáticos; Número del caso 169, número de la CLOUT 11, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995; OLG München, Alemania, 22 septiembre 1995; Número del caso 169, número de la CLOUT 12, OLG Düsseldorf, Alemania, 11 julio 1996; En este mismo sentido la sentencia del Gerechtshof Amsterdam de 16 de julio de 1992.

IV. ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN EL RECHAZO DE LA APLICACIÓN DE LA CISG A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

1. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN NO SE AJUSTAN A LOS ARTÍCULOS 30 Y 53 DE LA CISG.

La doctrina¹⁷¹ y la jurisprudencia¹⁷² utilizan varias justificaciones como argumentos para el rechazo de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución. El primero de ellos se refiere a las características de cada contrato, justificando que a pesar de que los contratos de distribución poseen elementos propios de la compraventa no son contratos de compraventa tal y como lo describe la propia Convención, dado que no responden a la definición de los artículos 30 y 53¹⁷³ de la CISG y tales definiciones no se ajustan a las características propias del contrato de distribución¹⁷⁴.

Con independencia de cuál es la opinión que la doctrina y la jurisprudencia tengan en relación a la naturaleza jurídica del contrato de distribución, no se puede ignorar que dicho contrato presenta una serie de características que lo aproximan a la compraventa, mencionando aparte de que siempre hay contratos de compraventa que subyacen en los contratos de distribución. No es nuestra intención defender que los

¹⁷¹ VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS. «Análisis crítico de las disposiciones generales de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías». *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 217, Julio-Septiembre, 1995, p. 8; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 409 y 410.

¹⁷² Número del caso 126, número de la Caso CLOUT 9, Tribunal Metropolitano de Hungría, 19 de marzo de 1996. Número del caso 92, número de la Caso CLOUT 7, Tribunal *Ad hoc* Arbitral de Florencia, 19 de abril de 1994; Número del caso 281, número de la Caso CLOUT 26, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993, se admitió en parte la aplicación de la CISG; Número del caso 169, número de la CLOUT 11, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995; OLG München, Alemania, 22 septiembre 1995; Número del caso 169, número de la CLOUT 12, OLG Düsseldorf, Alemania, 11 julio 1996; En este mismo sentido la sentencia del Gerechtshof Amsterdam de 16 de julio de 1992.

¹⁷³ Veamos, el artículo 30 de la CISG dice que: «El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documento relacionado con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención». Por otro lado, el artículo 53 de la CISG dice que: «El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en la presente Convención».

¹⁷⁴ En los contratos de distribución es fácil que puedan plantearse problemas de delimitación con las compraventa. VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS. *Compraventa internacional de mercadería. Una visión jurisprudencial*. Navarra: Arazandi, 2000, p. 57.

contratos de distribución y los contratos de compraventa son idénticos y por eso se debe aplicar la CISG, porque a pesar de sus similitudes no son evidentemente iguales. Lo que queremos demostrar es que debido a su aproximación jurídica, los contratos de distribución y los contratos de compraventa, sumado a otros factores como por ejemplo la falta de regulación específica de los contratos de distribución, es posible la aplicación de la CISG a los contratos internacionales de distribución, y ello porque este tipo contractual exige la conclusión de las típicas relaciones sinalagmáticas de intercambio, en tanto que su finalidad es la de asegurar el desplazamiento o transmisión de la propiedad de unos bienes de un productor a un distribuidor¹⁷⁵.

Cabe agregar, que el artículo 30 de la CISG trata de la obligación principal del vendedor y el artículo 53 de la CISG versa sobre las obligaciones del comprador. Básicamente ambos artículos, respectivamente, tratan de la obligación de entregar las mercaderías a cambio de un precio. El artículo 30 de la CISG: *«El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documento relacionado con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención»*. Por otro lado, el artículo 53 de la CISG dice que: *«El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en la presente Convención»*. Y tales acciones no se alejan de las obligaciones principales del contrato de distribución, donde también verificamos tanto la obligación del vendedor de entregar las mercaderías, como también la de pagar por ellas¹⁷⁶.

Bien es verdad, que el contrato de distribución además de estas obligaciones, también observamos otras, como por ejemplo los servicios que el distribuidor debe prestar al cliente, las colaboraciones en la publicidad, determinación del tiempo, el carácter exclusivo del negocio, etc., pero este obstáculo no debe llegar a ser razón

¹⁷⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 408.

¹⁷⁶ OLIVA defiende que teniendo en cuenta todas las diferencias, parece claro que el contrato de distribución es notablemente diferente de la compraventa internacional, al menos tal y como aparece enunciada en los artículos 1, 30 y 53 de la CISG. No obstante, teóricamente este hecho no tendría por qué excluir de forma irreversible la aplicación del Derecho uniforme. OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 409.

para la inaplicación de la CISG¹⁷⁷. Además, el contrato de distribución no es sino una compraventa especial, con sus características, pero nada que pueda ser más importante que la compraventa¹⁷⁸.

Y aunque el contrato de distribución no sea idéntico al contrato de compraventa, éste sigue siendo la esencia del contrato de distribución, por lo tanto, sin contrato de compraventa el contrato de distribución pierde su sentido de existir. En consecuencia, no justifica el argumento de inaplicación de la CISG por el motivo de las obligaciones observadas en los artículo 30 y 53 de la CISG por no corresponden con las obligaciones que se comprometen productor y distribuidor.

2. ¿SE EQUIPARAN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN A LA DEFINICIÓN DEL ARTÍCULO 3.2 DE LA CISG?

Otra razón que la doctrina utiliza para explicar el rechazo de la aplicación de la Convención a los contratos de distribución está basada en el artículo 3 de la CISG¹⁷⁹. La doctrina argumenta que el artículo 3 no describe precisamente las actividades típicas de un distribuidor, entre las que no figuran ninguna operación de manufactura¹⁸⁰. Pero al explicar la inaplicación de la CISG motivada por el artículo 3, se mezclan y confunden los párrafos (1) y (2) del artículo 3, como si ambos párrafos se tratara del mismo tipo de contrato.

El artículo 3 establece:

¹⁷⁷ Ibídem, p. 409.

¹⁷⁸ PUENTE MUÑOZ, TERESA. *El contrato de concesión mercantil*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1976, p. 37.

¹⁷⁹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR CISG-AC Opinión N. 4, Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CNUCCI) , 24 Octubre 2004. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html#38>

¹⁸⁰ MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 37.

- tancial de los
materiales necesarios para e

principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mer
en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Sin embargo, los párrafos (1) y (2) del artículo 3 regulan materias distintas. En ellos se observa dos tipos de obligaciones, una relacionada con los bienes que están reflejados en el artículo 3 (1) y la otra son las obligaciones de los trabajos o servicios, referente al artículo 3 (2) de la CISG, y tales directrices tienen el fin de verificar si el objeto es aplicado a la CISG¹⁸¹.

Para justificar la inaplicación de la Convención a los contratos de distribución, La doctrina¹⁸² se ampara en el artículo 3 (1)¹⁸³ de la CISG, pero este párrafo trata de los contratos de mercaderías que tienen que ser *manufacturados* por trabajo o por material, donde el comprador colabora con el vendedor, proporcionando una parte sustancial de los materiales que serán manufacturados o producidos, y extiende de igual modo la aplicación de la CISG a ese tipo contractual¹⁸⁴, desde que se respete los parámetros establecidos¹⁸⁵.

¹⁸¹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR CISG-AC Opinión N. 4, Contratos para la compraventa de mercaderías ue han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CNUCCI) , 24 Octubre 2004. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html#38>.

¹⁸² MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 37.

¹⁸³ Artículo 3.1 de la CISG: «Se

».

¹⁸⁴ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGU SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

Por otro lado, está el párrafo (2)¹⁸⁶ del artículo 3, que admite la aplicación de la Convención a los contratos mixtos, es decir, los contratos que incluyen además de la obligación de entregar las mercaderías (característica de la compraventa), tienen la obligación de suministrar o de obtener mano de obra o de prestar otros servicios, desde que esta obligación no signifique la parte *principal* del contrato¹⁸⁷. Asintiendo de esta forma, que en el mismo contrato o en contratos separados, pero con el mismo fin, se incluyen además de la compraventa, las obligaciones de *suministrar* mano de obra o prestar servicios. En tal sentido, el artículo que abre las puertas para la discusión de aplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución es el párrafo (2) del artículo 3 de la Convención y no el párrafo (1), como la doctrina hace referencia¹⁸⁸.

De los anteriores planteamientos se deduce, que el argumento que la doctrina utiliza para justificar la no aplicación de la CISG a los contratos de distribución, fundamentado en el artículo 3 de la CISG y sobre la base de que éste no describe precisamente las actividades típicas de un distribuidor, en nuestra opinión, no justifica la inaplicación de la Convención. Y ello porque se trata de un argumento equivocado en cuanto al análisis de los fundamentos que se dan cita en el artículo 3.1 y 3.2. de la CISG, y se olvida que el artículo 3.1 de la CISG permite los contratos con mercaderías que necesiten ser manufacturadas, desde que esta obligación no

¹⁸⁵ Vid. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «Los contratos «mixtos» del artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías», en *Estudios de contratación (Régimen uniforme e internacional privado)*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, 2004, pp. 423-454; CAFFARENA LAPORTA, JORGE en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*, Cívitas, Madrid, 1998, p. 71

¹⁸⁶ Artículo 3.2 de la CISG: «La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

¹⁸⁷ Vid. MARTINEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balear, Servei de Biblioteca i Documentació, 2006, pp. 143 y ss.

¹⁸⁸ Recurso de apelación, Audiencia Provincial de Madrid, sección 25, del 11 de noviembre de 2003. En este caso el juzgador de primera instancia aceptó la calificación jurídica del contrato que hace la demandada y entiende que se trata de un contrato de suministro, por la periodicidad de las entregas, regulado por la CISG.

exceda la parte principal del contrato¹⁸⁹. Mas adelante volveremos a tratar del artículo 3 más detenidamente.

3. CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN CON PRECIO ABIERTO DESCONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 14 DE LA CISG

Siguiendo con los argumentos utilizados como fundamentos por un sector de la doctrina y la jurisprudencia vienesa para justificar la inaplicación de la CISG a los contratos de distribución, encontramos como razonamiento la dificultad de cumplir con los requisitos que el artículo 14 de la Convención establece, es decir, que la oferta debe ser suficientemente precisa, indicando las mercaderías y señalando la cantidad y el precio o prever un medio para determinarlos¹⁹⁰.

El artículo 14 establece:

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

¹⁸⁹ Vid. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «Los contratos «mixtos» del artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías», en *Estudios de contratación (Régimen uniforme e internacional privado)*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, 2004, pp. 423-454.

¹⁹⁰ MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*. Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 37. En este mismo sentido la sentencia del Gerechtshof Amsterdam de 16 de julio de 1992; Caso CLOUT 26, número del caso 281, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1992; OLG München, Alemania, 22 septiembre 1995; Número del caso 126, número de la Caso CLOUT 9, Tribunal Metropolitano de Hungría, 19 de marzo de 1996. Se decidió que la CISG no se aplicaría a los acuerdos de distribución exclusiva Número del caso 169, número de la CLOUT 12, OLG Düsseldorf, Alemania, 11 julio 1996; Número del caso 169, número de la CLOUT 11, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995.

Referente al requisito determinación del precio, la jurisprudencia en este punto, determina la inaplicabilidad de la CISG sobre el argumento de la inexistencia de los elementos esenciales de la oferta. Sin embargo, la necesidad de concurrencia de dichos elementos se liga con la formación del contrato del contrato, cuando la verdadera cuestión en realidad, y como cuestión previa, se enlaza con el ámbito de aplicación de la CISG¹⁹¹, pero aun sabiendo que se trata de una cuestión previa a la formación del contrato seguiremos con los argumentos que defienden la aplicación de la CISG a los contratos de distribución.

De igual forma, la doctrina destaca el problema de concretar el precio para ciertos contratos de distribución, como por ejemplo los contratos de aprovisionamiento de materia prima, producto único, concluidos para un determinado periodo y en función de la calidad del producto, como petróleo, gas y carbón, puesto que la oferta de las mercaderías en un contrato de distribución es distinta de la existente en un contrato de compraventa.

Sin embargo, para los casos en los cuales no sean posible determinar el precio, la CISG para este inconveniente ofrece como solución, en el artículo 55 de la CISG¹⁹². Tanto el artículo 14 como el artículo 55 de la CISG hacen referencia al precio, pero con distintas orientaciones. Por un lado está el artículo 14 de la CISG, donde establece que el precio es uno de los requisitos de la oferta, que es un elemento de precisión de ella; y por otro lado, está el artículo 55 de la CISG, que ampara los contratos que hayan sido válidamente celebrados, pero que ni expresa ni tácitamente que se haya establecido el precio. En ambos casos, el elemento precio forma parte de la obligación del comprador, que ha de pagar un precio a cambio de

¹⁹¹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1239.

¹⁹² Artículo 55 de la CISG: «Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate».

recibir unas determinadas mercaderías, obligación igualmente reconocida en el contrato de distribución¹⁹³.

Al analizar el precio haciendo referencia al artículo 14 de la CISG nos enfrentamos con tres problemas fundamentales. El primero es el relativo a que se puede señalar en la oferta, como un modo de determinación del precio, la fijación del precio por uno sólo de los contratantes. El segundo es si es posible prever algún remedio para subsanar la falta de indicación del precio, en las situaciones en las que la persona designada no está capacitada o no quiere hacerlo. Por último, y la más importante, es si las partes tienen el poder de perfeccionar un contrato de compraventa que no fije expresa ni tácitamente el precio, ni prever un medio para determinarlo. Se trata pues de los contratos denominados contratos con precio abiertos (*open Price contracts*)¹⁹⁴.

El artículo 14 de la CISG señala que en la oferta de contrato debe existir un precio para que sea considerada válida, mientras que el artículo 55 de la CISG establece que el contrato puede ser válidamente celebrado, incluso sin hacer referencia al precio. Por lo que se considerará que las partes han hecho referencias implícitas¹⁹⁵ al precio, generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil del que se trate¹⁹⁶.

¹⁹³ Sentencia del Tribunal de los EE.UU. Tribunal del de Distrito Este de Michigan, Estados Unidos, fecha 28 de septiembre de 2007.

¹⁹⁴ GERGEN, MARK P., *The Use of Open Terms in Contracts*, Columbia Law Review 997, 998 & 999, 1992. «*Open terms are contractual provisions that expressly grant a party substantial, but not completely unfettered, discretion in performance*».

¹⁹⁵ FRITZ, ENDERLEIN Y MASKOV, DIETRICH, *Commentary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Ocean publications, 1992. «*An implicit fixing of the price can be assumed, in particular, when the seller sells his goods according to price lists which the buyer knows or should know, or when constant prices were used in a continuing business relationship*». (La referencia implícita se puede suponer, en particular, cuando el vendedor vende su mercancía, según las listas de precio que el comprador sabe o debería saber, o cuando los precios constantes se utilizan en una relación comercial continuada).

¹⁹⁶ RUANGVICHATHORN JUMPITA, *Commentary on whether the UNIDIT Principles of International Commercial Contracts may be interpret on supplement article 55 of the CISG*. www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ruangvichathorn.html.

En este sentido, es evidente que la existencia de los artículos 14 y 55 de la CISG son una solución diplomática encontrada por los juristas-redactores de la Convención, que satisface ambos sistemas jurídicos (*commom law* y *civil law*). Para los del sistema de *civil law* conviene el artículo 14 de la CISG, ya que hay una exigencia de un precio determinado o al menos determinable. Y para aquellos que son parte del sistema de *commom law* se ajusta mejor el artículo 55 de la CISG.

No siendo por lo tanto motivo razonable para la inaplicación de la CISG a los contratos con precio abierto. En todo caso, debido a la importancia del tema, trataremos detenidamente más adelante. (Infra CAPÍTULO III)

4. CONVERGENCIA DE ESTIPULACIONES ENTRE EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y LA COMPRAVENTA.

Otra motivo, según la doctrina, del rechazo de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, es la divergencia de estipulaciones entre estos contratos, puesto que, los contratos de distribución tienen una estructura de obligaciones compleja, presentando, además de la obligación de dar, otras como por ejemplo la cláusula recíproca de exclusividad, uso de logotipo y marca, formación del personal, regulación de los servicios pos-venta, cláusulas de no-concurrencia pos contractual, etc., aspectos que de acuerdo con la doctrina¹⁹⁷ no se resuelven por la CISG. Por otro lado, según la doctrina, los contratos de compraventa se resumen con la simple obligación de entregar unas mercaderías a cambio del precio.

Como ya hemos mencionado anteriormente, no se trata de demostrar que el contrato de distribución y el contrato de compraventa son iguales, somos conscientes de las diferencias¹⁹⁸. Sin embargo, y pese a las diferencias entre ambos contratos,

¹⁹⁷ CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, Sevilla, 2000, p. 92; MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 38. En el mismo sentido la sentencia del Gerechtshof Amsterdam de 16 de julio de 1992.

¹⁹⁸ La compraventa es un contrato consensual, bilateral y sinalagmático que se agota con la entrega de la cosa y el pago del precio. Cabe que tanto la entrega de la cosa como el pago del precio se aplacen en el tiempo o se fraccionen. Pero, en general, es un contrato de ejecución instantánea que no crea una relación

diferencias estas que creemos ser más referente a la forma de cómo vemos el contrato de distribución porque fue así que fueron presentados, y por comodidad no hacemos un esfuerzo de verlo tal y como es.

En este sentido, la jurisprudencia española en algunas ocasiones hizo una aproximación entre los contratos de compraventa y el contrato de distribución. Como por ejemplo en la sentencia del STS de 29 de octubre de 1995, RAJ, 1995, N.º 3090, donde calificó la concesión como un contrato mixto de venta y arrendamiento de servicios. En este mismo sentido, la sentencia STS de 18 de marzo de 1966, RAJ, 1966, N.º 1288, calificó a un contrato de distribución con pacto de exclusiva se calificó como compraventa especial. Lo mismo observamos en la sentencia del STS de 30 de julio de 1987, RAJ, 1987, N.º 4832, STS de 28 de febrero de 1989, RAJ, 1989, N.º 1409, STS de 15 de octubre de 1992, RAJ, 1992, N.º 7823.

Observamos que en su día la jurisprudencia se decantó por aproximar los contratos de distribución a los contratos de compraventa y hoy nuestro objetivo es consolidar esta aproximación porque creemos que la aplicación de la CISG es una ventaja para los contratantes por todos los beneficios que conlleva la aplicación de una norma uniforme máxime ante contratos de distribución en un entorno internacional. Por razones del alto grado de vinculación entre el contrato de distribución y la compraventa de mercaderías, a pesar de los límites que ello supone, entendemos que la aplicación de una ley única presentaría las ventajas de unificar el régimen jurídico, reduciendo de este modo los riesgos de desarmonía y evitando las distorsiones que distintos ordenamientos jurídicos nacionales pueden causar¹⁹⁹.

Además la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI) aconseja que los contratos de distribución no sean regidos por las leyes nacionales sino por las disposiciones del propio contrato y los principios legales generales reconocidos en el contrato internacional como aplicables a los contratos de distribución²⁰⁰. La finalidad

duradera entre las partes. PUENTE MUÑOZ, TERESA, *El contrato de concesión mercantil*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1976, p. 38.

¹⁹⁹ MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 117.

²⁰⁰ Vid. Publicación N.º 745 de la CCI, Guía para la redacción de contratos de distribución internacional.

de esta solución es asegurar que las normas se apliquen de forma uniforme entre los distribuidores de diversos países, y por supuesto sin la interferencia de las leyes nacionales. Aunque, de momento, la CCI no aconseja directamente la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, sí deja claro que lo que se pretende es evitar la aplicación de la ley nacional, además en las circunstancias del contrato de distribución que carece de legislación específica.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO II

LA APLICACIÓN DE LA CISG A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN: LA DEFINICIÓN DE LA COMPRAVENTA Y EL PROBLEMA DE LOS CONTRATOS MIXTOS

I.	Introducción. Libertad de aplicación de la CISG.....	91
1.	Aplicación de la CISG por voluntad de las partes – <i>Opting in</i>	92
2.	Principio de la autonomía de la voluntad en la CISG y sus límites – <i>Opting out</i>	103
3.	Determinación del régimen aplicado en la práctica. Reglamento de Roma	107
4.	La prestación característica de los contratos de distribución.....	116
5.	Fragmentación legislativa.....	119
6.	Los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.....	122
7.	Aplicación de la CISG a los contratos de distribución por analogía.....	126
II.	La CISG extiende la definición clásica del contrato de compraventa para acuñar una definición más moderna.....	129
1.	El artículo 3.1 de la CISG.....	131
2.	El artículo 3.2 de la CISG nació de la necesidad jurídica.....	132
3.	Contratos mixtos fusión de diversos tipos de obligaciones – dar, hacer o no hacer.....	136
4.	Teoría de la absorción, la Teoría de la combinación y la Teoría de la aplicación por analogía.....	139
5.	Aproximación del artículo 3.2 de la CISG a los contratos de distribución.....	142
III.	Límites impuestos por la CISG a las obligaciones de hacer o no hacer.....	145
1.	<i>Parte principal</i> del contrato de compraventa.....	148
2.	Aplicación del artículo 8 de la CISG.....	149
3.	Criterio subjetivo del reconocimiento del grado de importancia de cada prestación - Artículo 9 de la CISG.....	154
4.	Criterio objetivo <i>cuantitativo</i>	159
V.	La CISG y los contratos de distribución.....	167

LA APLICACIÓN DE LA CISG A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN: LA DEFINICIÓN DE LA COMPRAVENTA Y EL PROBLEMA DE LOS CONTRATOS MIXTOS

I. INTRODUCCIÓN. LIBERTAD DE APLICACIÓN DE LA CISG

La CISG inicialmente fue creada para ser aplicada a los contratos de compraventa internacional, pero tras su gran éxito a nivel internacional, como también por poseer una tipología que se asemeja a los contratos de distribución, naturalmente se despertó en la doctrina y en la jurisprudencia más visionaria²⁰¹, el cuestionamiento sobre la posibilidad de aplicarla a los contratos de distribución. Sin embargo, antes de tratar sobre la aplicabilidad de la CISG a este tipo de contrato, lo que en nuestra opinión es perfectamente posible y por lo tanto consideramos que los contratos de distribución entran dentro del ámbito de aplicación de la Convención, debemos dejar claro que las partes pueden excluir su aplicación - *opting out* , de preferencia de forma expresa, como también pueden pactar un *opting in* para su aplicación en circunstancias en las cuales no concurren las condiciones de aplicación, por ejemplo, porque se trata de mercaderías excluidas bajo la CISG (art.2), porque ninguna de las partes tiene sus establecimientos en Estados contratantes de la Convención, o como la hipótesis que nos planteamos en este apartado, a saber: que la CISG no aplica a los contratos de distribución, pero las partes consideran conveniente incluir una referencia expresa a la CISG como derecho aplicable al contrato. Inversamente y si se considera que la CISG es aplicable al contrato de distribución, como defenderemos en este trabajo, lo cierto es que las partes podrán también excluir la aplicación de la Convención - *opting out*.

A estas dos cuestiones a las que la doctrina se refiere como *opting in* y *opting out*, dedicaremos las líneas siguientes. No sin antes indicar que en relación con la cuestión de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución examinaremos

²⁰¹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETI LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

también la misma a través del Reglamento de Romas sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 4 de julio de 2008, previa derogación de su antecedente el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

1. APLICACIÓN DE LA CISG POR VOLUNTAD DE LAS PARTES - *OPTING IN*

El principio de la autonomía de la voluntad se entiende en un doble sentido. Y FRANCO FERRARI nombra las dos variantes de *internacionalidad privatista* y *material*²⁰². Por un lado, las partes gozan de una autonomía para determinar la ley aplicable al contrato de compraventa (autonomía de tipo *internacional-privatista*) y por otro lado, las partes son libres de regular el contenido de la ley elegida, en nuestro caso la CISG (autonomía de tipo *material* o *negocial*).

La autonomía tipo *internacional-privatista* se distingue de la autonomía *negocial* no sólo por el distinto ámbito sobre el cual incide, sino también por los límites establecidos por la propia CISG. La autonomía *negocial*, resulta de la aplicación limitada en la CISG, ya que dentro de la Convención hay disposiciones inderogables, como por ejemplo, la voluntad de las partes no puede afectar a lo previsto en el artículo 12 de la CISG, objeto de la reserva del artículo 96 de la Convención. Dicha reserva faculta a los Estados signatarios, cuya legislación exija la constancia por escrito del contrato, para suprimir tal libertad de forma y obligar a las partes del contrato, a hacer constar por escrito aquellas manifestaciones o actos respecto de los cuales la Convención permite la oralidad.

Si tal fuera el caso, la voluntad de las partes no podrá solucionar tal exigencia de la constancia escrita del contrato. Igualmente, los contratantes no pueden excluir la aplicabilidad del artículo 7 de la CISG que versa sobre criterios de interpretación de la propia Convención, ni introducir variaciones respecto de la significación del mismo.

²⁰² Vid. FERRARI, FRANCO. *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la CISG de 1980*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 187 y ss. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. op. cit., p. 77.

Y por último, y por razones similares, las disposiciones del artículo 8 de la CISG, relativo a la interpretación de lo declarado y actuado por los contratantes, y el artículo 9 de la CISG, relativo a la valoración e impacto contractual de los usos y prácticas observados entre las partes, no parece poder ser afectados por la voluntad de las partes, al menos en lo que afecten a la propia interpretación de la Convención de Viena²⁰³.

Si se admitiese la derogación de los artículos anteriormente citados por la voluntad de los contratantes, estaríamos poniendo en riesgo la base estructural de la CISG y su bien mayor que es la seguridad jurídica que ella transmite, además dejarían de tener significación los objetivos básicos de internacionalidad y uniformidad que dan sentido a la Convención. De hecho, se puso de manifiesto en el Tribunal *di Vigevano*, Italia los límites de aplicación de la voluntad de las partes²⁰⁴.

Tampoco los contratantes pueden hacer uso del principio de la voluntad de las partes para excluir la aplicación de las disposiciones finales, concretamente los artículos 89 a 101, razón de esta imposición es porque los destinatarios de tales normas no son las partes, sino los Estados signatarios de la CISG, por eso los contratantes no pueden hacer uso de su potestad. Por la misma razón, debe excluirse además que se pueda derogar el artículo 28 de la CISG, y ésta es también la línea que ha seguido la jurisprudencia²⁰⁵.

²⁰³ CRUCELAEGUI, JAVIER SAN JUAN, Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 46 y 47.

²⁰⁴ Cfr. Número del caso 378 caso CLOUT 38, Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000. El Tribunal, en su sentencia, se basó, para cada cuestión, en varias decisiones relativas a la Convención de Viena que ya habían adoptado algunos Tribunales extranjeros y Tribunales arbitrales. Aunque los precedentes de la jurisprudencia de los Tribunales internacionales no se pueden considerar jurídicamente vinculantes, en opinión del Tribunal los jueces y árbitros los deben tener en cuenta a fin de promover la uniformidad en la interpretación y aplicación del artículo 7.1 de la Convención de Viena.

²⁰⁵ Vid. La sentencia C-529/2000 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, 10 de mayo de 2000. La Corte consideró que la Convención de Viena no desconoce la autonomía de la voluntad privada y no obstaculiza la libertad de las partes para contratar, porque las partes que celebran el respectivo contrato pueden excluir, en forma tácita o expresa, la aplicación de sus disposiciones (art. 6 de la Convención de Viena). Otro aspecto que examinó la Corte eran las disposiciones de la Convención de Viena por las que se regulaba la formación de los contratos (artículos 11, 12 y 96 de la Convención de Viena). La Corte consideró que «Colombia no tendría que hacer una declaración o reserva sobre el particular», porque su legislación comercial «no exige que la compraventa de mercaderías se realice necesariamente por escrito» (art. 824 del Código del Comercio). Disponible en <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/CISG/scolo1.htm>

Sobre la base de las consideraciones anteriores, para determinar la ley aplicable a los contratos de distribución, inicialmente habrá que verificar cuál fue la voluntad de las partes, tal voluntad puede verse reflejada ya sea en el contrato de distribución o en las manifestaciones de asentimiento²⁰⁶. La libertad de pacto que las partes disponen viene recogido en el principio de la autonomía de la voluntad, que es cuando las partes haciendo uso de tal principio, extienden el ámbito de aplicación de la CISG haciéndola operativa para hipótesis que no recaen expresamente en su ámbito de aplicación, también conocida por *opting in*²⁰⁷. La LUVI establecía una disposición expresa, el artículo 4, que preveía la aplicación extensiva de la Ley uniforme a otros contratos²⁰⁸.

Por ello, y con el propósito de justificar la aplicación de la CISG a los contratos internacionales de distribución, usaremos como argumento tal principio

Ver caso número del caso 1170, caso CLOUT 120, China International Economic Trade Arbitration Commission, República Popular China, 31 de diciembre de 1997: El Tribunal Arbitral observó que China, en el momento de ratificar la Convención, había denunciado los artículos 11 y 29, según los cuales la formación, modificación y extinción de un contrato no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito. Por consiguiente, el contrato debía concertarse por escrito. El Tribunal Arbitral afirmó que el vendedor no había presentado las pruebas pertinentes de que las partes hubieran concertado un nuevo acuerdo; por consiguiente, el vendedor seguía estando obligado a entregar la mercadería restante según lo estipulado en el contrato original. La falta de entrega por parte del vendedor constituía por tanto un incumplimiento esencial del contrato y, de conformidad con los artículos 45 y 49 de la Convención de Viena, el comprador tenía derecho a declarar resuelto el contrato y exigir la indemnización de los daños y perjuicios.

²⁰⁶ DE CASTRO, FEDERICO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La defensa del consumidor», *A.D.C.*, 1982, pp. 1.037 y ss.

²⁰⁷ OVIEDO ALBÁN, JORGE. *Autonomía conflictual en los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012, pp. 31 y ss; FERRARI, FRANCO. *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la CISG de 1980*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 187 y ss. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, op. cit., p. 77; HONNOLD O., JOHN. *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid: Derecho Reunidas, 1987, pp. 130 y ss.

²⁰⁸ La Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes muebles corporales establecía una disposición expresa de aplicación extensiva, el artículo 4: «La presente Ley será igualmente aplicada cuando haya sido elegida como ley del contrato por las partes, ya sea que éstas tengan o no establecimiento o su residencia habitual en el territorio de países diferentes, e independientemente de que éstos sean partes de la Convención de 1 de julio de 1964 relativa a Ley uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías, siempre que no se afecte la aplicación de normas imperativas que hubieran sido aplicables si las partes no hubiesen elegido la Ley uniforme.» Pero la CISG no tiene ninguna disposición parecida.

para abrir las puertas a la discusión, ya que como hemos visto se trata de un principio que está reconocido por la CISG²⁰⁹.

El principio de la libertad contractual establece la posibilidad que las partes elijan la normativa que más beneficie a los contratantes de acuerdo con sus intereses, sin necesidad de obligarse a los tipos establecidos por ley²¹⁰. Significa entonces, que las partes tienen la libertad de estructurar libremente sus contratos, adaptándolos de acuerdo con sus necesidades cuando no se alcance la pauta legal para la determinación del contenido del contrato, debe éste quedar establecido de acuerdo con la voluntad de los contratante, ya que el contrato *per si* es ley para ellos²¹¹.

Con base al principio de la autonomía de la voluntad, se abre la posibilidad para que las partes puedan aplicar de forma extensiva la CISG a los contratos de distribución según su voluntad²¹². Aunque la CISG no es una norma que directamente sirva para designar el derecho aplicable, lo cierto es que el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad que de él se deriva se ha

²⁰⁹ Vid. VIRGÓS SORIANO, MIGUEL, «La Ley Aplicable a los contratos internacionales: La regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la protección característica del contrato», Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, coordinado por Juan Luis Prada, Editorial Civitas, S.A., volumen 4, 1996, pp. 5289- 5309; ARAÚJO, NÁDIA DE, «O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no direito internacional privado», em *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, Ed. LTR, São Paulo, 1996, p. 144.

²¹⁰ El autor K.H. NEUMAYER/C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de merchandise. Commentaire*, Cedidac, Laussanne, 1993, p. 64, defiende que si las partes al establecer el contrato mixto, la intención fue de concretar un solo contrato, en este caso la CISG se aplicaría a la totalidad del contrato. En el mismo sentido, PILTZ, BURGHARD, «

», La Ley, Revista jurídica Española de Doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 3.063, tomo 3, 7 de agosto de 1992.

²¹¹ Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 147 y ss; «La declaración no es, por ello, una «declaración de voluntad», sino que una declaración de que algo debe tener vigencia entre las partes». Para la teoría de la validez (*Geltungstheorie*), la declaración de voluntad no es una pura expresión de voluntad, sino que es algo más, es la manifestación de una reglamentación preceptiva; Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil I*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 385; MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 115. FIERRO MÉNDEZ, RAFAEL ENRIQUE, *Teoría General del contrato – Contratos Civiles y Mercantiles*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, Colombia, 2007, pp. 1 y ss.

²¹² MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 115; GARRO, ALEJANDRO MIGUEL Y ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990, p. 77; K.H. NEUMAYER/ C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats devete internationale de merchandises. Commentaire*, Cedidac, Laussanne, 1993, p. 64.

extendido también para permitir a los contratantes seleccionar el derecho aplicable²¹³. Y ello sin perjuicio que como mínimo permite la selección material como luego veremos más adelante, como también permite a los comerciantes decidir libremente a quién ofrecerles sus productos, aceptar ofertas, así como fijar los términos conforme a los cuales se regirán sus relaciones comerciales y jurídicas²¹⁴. Es decir, incluye tanto la libertad de contratar, como la libertad de elegir el sistema jurídico que será guía del trato comercial²¹⁵.

En el capítulo I de la primera parte de la CISG encontramos las disposiciones en las que se define las directrices de aplicación de la CISG. En los artículos 1 a 3 de la CISG se determina a qué transacciones se aplica la Convención y a cuáles no. En los artículos 4 y 5 se describen algunas cuestiones que la Convención trata y otras que recaen fuera de su ámbito de aplicación. Y el artículo 6, que veremos con detalle más adelante, establece en principio la derogatoria de la CISG por acuerdo contractual.

Según los artículos anteriormente citados, la CISG es aplicable a las ventas internacionales de bienes muebles que estén relacionadas con uno o varios Estados contratantes y que no se halla expresamente excluidas por la propia CISG o por la

²¹³ BENTO SOARES, MARIA ÂNGELA Y MOURA RAMOS, RUI MANUEL. «Do contrato de compra e venda internacional. Análise da Convenção de Viena de 1980 e das disposições pertinentes do Direito Português». *Boletim do Ministério da Justiça, Documentação e Direito Comparado*, número 6, 1986, pp. 73 – 290.

²¹⁴ Véase caso número del caso 1305, número de la CLOUT 137, Tribunal de Apelaciones de Varsovia, Polonia, de 20 de noviembre de 2008. Un vendedor polaco y un comprador ucraniano celebraron un contrato de venta de un camión e rcedes Actros. El contrato contenía una cláusula según la cual ese «era válido hasta el 8 de agosto de 2006», es decir, hasta 90 días después de su celebración. El vendedor no entregó el camión y se negó a devolver el precio pagado por la parte ucraniana, ue entabló una demanda ante un Tribunal polaco. Se desestimó la reclamación en el Tribunal de primera instancia. Determinó ue el comprador no había fijado un plazo suplementario de conformidad con el artículo 49 1) b) de la CISG y no había declarado resuelto el contrato. El Tribunal concluyó ue las partes seguían obligadas por el contrato y ue el comprador todavía no podía solicitar el reintegro del precio. El Tribunal de Apelaciones revocó la decisión y ordenó ue el vendedor reintegrara el precio. Determinó ue en ese caso no podía invocarse el artículo 49 1) b) debido a la cláusula explícita del contrato ue disponía su extinción a los 90 días de su celebración. El Tribunal argumentó ue las partes tenían derecho, con arreglo al artículo 6 de la Convención de Viena, a dar al contrato la forma ue desearan, lo cual, entre otras cosas, les permitía incorporar una cláusula para la extinción automática del contrato en un prazo determinado».

²¹⁵ BENTO SOARES, MARIA ÂNGELA Y MOURA RAMOS, RUI MANUEL. «Do contrato de compra e venda internacional. Análise da Convenção de Viena de 1980 e das disposições pertinentes do Direito Português». *Boletim do Ministério da Justiça, Documentação e Direito Comparado*, número 6, 1986, pp. 73 – 290.

voluntad de las partes²¹⁶. Sin embargo, el artículo 2 establece la exclusión de un conjunto de contratos que podrían ser calificados como compraventa de mercaderías, pero que por razones de índole práctica, jurídica, política no son aplicadas a la CISG.

Los contratos excluidos expresamente por la CISG son las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, de valores inmobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, subasta, venta judicial, electricidad, de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves²¹⁷.

²¹⁶ Vid. ENRICH, ENRIC Y JAIME MALET, «*La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías*», Revista Jurídica de Catalunya, XC-Núm. 1, Barcelona, 1991, pp. 133-150; ÁVILA DE LA TORRE, ALFREDO Y MORALEJO MENÉNDEZ, IGNACIO, Lecciones de Derecho de los Contratos en el comercio internacional, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 50.

²¹⁷ Exclusiones de la CISG: El artículo 2 de la CISG excluye las siguientes compraventas: 1. De mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese fin. Se trata de una tendencia ya clásica en otros instrumentos del derecho uniforme del comercio internacional. El objetivo es doble. En primer lugar, excluir un tipo de compraventa que se considerada civil en aquellos países con un doble régimen jurídico del contrato de compraventa. Y, en segundo lugar, evitar un conflicto con las legislaciones nacionales sobre protección del consumidor. 2. Subasta: la razón de esta excepción es que tradicionalmente las subastas se celebran en un solo lugar, y se regían por la ley de este lugar, y las partes normalmente no atribuían algún significado al hecho que tuvieran sus establecimientos o residencias habituales en otro país. Por ende, los usos especiales con frecuencia rigen la subasta, y dado que el vendedor frecuentemente no conoce al comprador, la aplicación de la Convención de Viena sería dudosa de cualquier manera, sencillamente por lo dispuesto en el artículo 1(2). 3. Judiciales: la misma explicación para la exclusión de la subasta en el ámbito de la aplicación de la Convención de Viena en la compraventa internacional se aplica a la exclusión a los remates derivados de ejecución como aquellos derivados de procedimientos de quiebra. 4. De valores inmobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero: fue adoptada para evitar conflictos con las legislaciones nacionales. 5. De buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves: el artículo 5 (1) (b) de la ULIS contenía una excepción para los buques y aerodeslizantes, sin embargo, la excepción estaba condicionada a que el buque o aerodeslizante tuviera o hubiera estado sujeto a registro. El requisito registro fue suprimido, porque no quedaba claro qué legislación interna debería regular esta cuestión. Por otro lado no era posible hacer una distinción viable entre barcos grandes y pequeños. El motivo de la exclusión es que buques y aeronaves obedecen principalmente a la naturaleza de estos bienes, pues mientras en algunos países el tratamiento que se les da es similar al de la compraventa de inmuebles, en otros países se les tratan como muebles, y, en unos casos incluso se les da un tratamiento totalmente diverso y especial, como es en el caso de Brasil, que tienen naturaleza jurídica de muebles *sui generis*, pero existen situaciones que son tratados en varios aspectos como se fuera inmuebles, existiendo la necesidad de registro y admitiéndose la hipoteca. 6. De electricidad: La razón para excluirla es que, los contratos de suministro de electricidad, generalmente contienen condiciones especiales, para los cuales las reglas de la CISG son inapropiadas, pero que el gas y el petróleo sí estarían incluidas bajo el ámbito de aplicación de la Convención de Viena. Vid. FRANK SPOHNHEIMER, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck-Hart-Nomos, Múnich, 2011, pp. 39-52; VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS, «*Análisis crítico de las disposiciones generales de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*», Revista de Derecho Mercantil, 1995, vol. II, pp. 1061; CRUCELAEGUI, JAVIER SAN JUAN, Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 46 y 47; SHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentarios sobre la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, 2011, p. 234; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA, «El contrato de compraventa internacional de mercancías», Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 151.

Según se ha visto el contrato de distribución no hace parte de la lista de contratos excluidos expresamente por la CISG, y además las excepciones enumeradas en el artículo 2 son exhaustivas, por eso tan poco se puede excluir la aplicación de la CISG a los contratos de distribución por la vía de la analogía²¹⁸. Por lo tanto, no se puede justificar la no aplicación de la Convención a los contratos de distribución con base en el artículo 2 de la CISG.

En términos concretos la CISG, en muchos artículos, se refiere a la primacía, valor preferente y derogatoria de la voluntad de las partes²¹⁹. Se observa, que la eficacia de la autonomía de la voluntad se menciona con diversas frases: *condiciones o disposiciones del contrato, lo convenido por las partes, lo convenido expresa o implícitamente y estipulación de una cláusula*. En cada uno de estos casos los contratantes se limitan a completar y detallar la regulación legal, respetando y siguiendo la ley uniforme. Y si está dentro del ámbito de vigencia exclusiva de la CISG, está fuera, por tanto, del supuesto anómalo de la aplicación de las leyes nacionales (art. 12). Puesto que, la validez de las cláusulas *secundum legem* está basada y afirmada por la ley uniforme, ya que una vez ratificada por el Estado, la CISG se integra a las leyes nacionales, en las materias que se rige directa o indirectamente²²⁰.

Es decir, a partir del momento que el país acepta que la CISG haga parte de su ordenamiento jurídico están obligados por el derecho público internacional a aplicar sus disposiciones en ámbito previsto por la CISG. Eso significa que tanto los jueces como los árbitros están obligados a aplicar la CISG *ex officio* porque la

²¹⁸ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, p. 223.

²¹⁹ Como todo esta regla parece tener su excepción, la única excepción del artículo 6 de la Convención es la posibilidad de hacer la reserva del artículo 96 en relación con el artículo 12, que determina que las partes no pueden establecer excepciones o modificar sus efectos cuando la normativa interna del Estado Contratante exija la forma escrita de la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o de la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención. Además de la excepción del artículo 96 también.

²²⁰ Vid. FREDERICO DE CASTRO Y BRAVO. «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme». *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XI, 1958, pp. 1003-1040.

Convención ya no es un derecho extranjero ajeno sino que, ya hace parte del derecho nacional²²¹.

En este sentido, en el caso que las partes no quieran aplicar la CISG y hacen parte de un Estado signatarios de la Convención, en una situación de duda se aplicará la CISG, como mínimo, en la parte del contrato que corresponde a la compraventa de mercaderías, ya que hace parte del sistema jurídico nacional²²². Este objetivo se combina con el reconocimiento puro de la libertad que acompaña a las partes en el ámbito del comercio internacional. Reflejo directo de este principio, es la subordinación de la aplicación del Convenio de Viena a la voluntad de las partes, ya sea ésta directa o indirecta²²³.

Sin embargo, en nuestra opinión, en cuanto a la aplicación de la CISG de forma específica a los contratos de compraventa puros, la libertad de elegir el ordenamiento jurídico aplicable al contrato, en muchas situaciones, no es del todo absoluta cuando los países de ambos contratantes sean signatarios de la CISG²²⁴, es

²²¹ La sentencia del caso CISG-online 1156, Tribunal Oberster Gerichtshof, Austria, 8 de noviembre de 2005. En este caso las partes no entraron en acuerdo sobre la aplicación de la ley al caso. El Tribunal de Primera Instancia, de conformidad con el Art. 4 (1) y (2) de la Convención de Roma, aplicó la ley italiana a la ley del Estado del vendedor donde se observó que sucedía la prestación característica. Ya el Tribunal de Segunda Instancia aplicó la CISG porque Italia había ratificado la Convención de Viena, siendo así esta hacía parte del derecho nacional de Italia. SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, p. 223.

²²² MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 2000, pp. 69 y ss.

²²³ La CCI recomienda que en el modelo del contrato de distribución la aplicación de la CISG o que en su defecto se haga la exclusión de forma expresa, veamos: «Salvo acuerdo por escrito, los contratos de venta celebrados entre el proveedor y el distribuidor en el contrato marco de distribución se regirán por la Convención de Viena de 1980, en adelante CISG) y, en la medida en que tales cuestiones no estén reguladas por la CISG, por referencia a las reglas y principios del Derecho reconocidos en el comercio internacional aplicables a los contratos internacionales de compraventa». Por otro lado, encontramos también el modelo de la cláusula que excluyó la aplicación de la CISG, veamos: «El presente contrato y todas las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo se rigen por las leyes de España, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado y de la Convención de Viena de 1980»; LUIS OTÁVIO PIMENTAL, CARLOS ESPLUGUES MOTA, WELBER CARLOS BARRAL, «*Compraventa Internacional de Mercaderías: La CISG de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, in Direito Internacional Privado: União Europeia e Mercosul. Florianópolis*», Fudação Boiteux, 2007, p. 16.

²²⁴ En reciente sentencia SAP Madrid, 17 febrero 2015, Recurso de Apelación 729 2014, en este caso, pese en intento de negar la internacionalidad de la compraventa, la Sala entendió que se trataba de una compraventa internacional y por eso se aplicaba la CISG. Número del caso 281, número de la CLOUT 26, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1992. En este caso, el demandante, un vendedor francés, y el demandado, un comprador alemán, celebraron un contrato a largo plazo ue

decir, la libertad que la CISG confiere no quiere decir que los contratantes puedan huir del sistema jurídico impuesto, escogiendo a otro que más le agrade. Tal libertad está apenas dentro de los límites trazados por las disposiciones imperativas. En otras palabras, si el proponente declara que el contrato sólo se sujetará a la parte III de la Convención, referente a lo que es propiamente la regulación del contrato, excluyendo la parte II de la formación del contrato, en este caso quedando a la parte II sometida al Derecho interno.

El principio de la libertad de contratación sólo tendría su real efectividad en el caso de que el país no fuera signatario de la CISG, o siendo un Estado signatario lo dejara reflejado en el contrato su no aplicación.

Contrariamente a lo que se ha expresado anteriormente, observamos la práctica de la autonomía de la voluntad en todo su esplendor en los casos de aplicación de la CISG a los contratos de distribución, ya que no existe una obligatoriedad de aplicación²²⁵. Pues ya se trata de aplicar la CISG como ley elegida

otorgaba al comprador derechos de distribución exclusiva en Alemania respecto de las impresoras de computadora y el en circuito integrado del vendedor. El Tribunal sostuvo que las normas del derecho internacional privado de Alemania conducían a la aplicación del derecho francés. Como la CISG estaba en vigor en Francia desde el 1o de enero de 1988, pese a que Alemania no era Estado Contratante en esa fecha, se sostuvo que correspondía aplicarla (apartado b) del párrafo 1) del artículo 1). El Tribunal sostuvo que la CISG se aplicaba a la venta del circuito integrado por que, según el sentido de la Convención, las “mercaderías” comprendían todos los bienes materiales e inmateriales que pudieran ser objeto de un contrato de compraventa internacional, lo que abarcaría los programas informáticos (párrafo 1) del artículo 1 de la CISG).

Distintamente fue lo que pensó la Corte Arbitral de Florencia en el caso número 92, número de la CLOUT 7, Italia, 19 de abril de 1994: El Tribunal arbitral interpretó que la cláusula arbitral que decía «regirse exclusivamente por el derecho italiano» excluía la aplicación de la Convención de Viena. Aunque Italia ya fuera un Estado Contratante. Sin embargo en las siguientes decisiones los operadores del derecho entendió que cuando las partes hacen referencia a la aplicación del Derecho nacional y el Estado anteriormente incorporó la CISG a su derecho interno, automáticamente, excepto que las partes expresen lo contrario, la CISG será aplicada al contrato. En este mismo sentido siguieron las sentencias citadas a continuación: Número del caso 206, caso CLOUT 15, Corte de Casación de Francia, del 17 de diciembre de 1996. En este caso, el Tribunal de Apelación de Colmar desestimó la aplicación de la CISG por entender que las partes eligió expresamente la ley francesa para dirimir cualquier litigio que pudiera surgir. Sin embargo, en el recurso de casación, el Tribunal entendió revocó la sentencia del Tribunal de Colmar por carecer de base jurídica en lo relativo a la aplicación exclusiva del derecho interno francés y aplicó la CISG; Corte Suprema de Austria, Oberster Gerichtshof, de 26 de enero de 2005, Ob 221/04b, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050126a3.html>; Número del caso 447, número de la CLOUT 39, en este caso el contrato establecía que en caso de convergencia sería aplicado el derecho alemán. Con base a esto, el Tribunal aplicó la CISG, ya que las partes tenían sus establecimientos en dos Estados Contratantes diferentes y no fue declarado en el contrato la exclusión de la CISG. Además, el Tribunal observó que sobre actos análogos los Tribunales alemanes aplicaban la CISG como derecho alemán aplicable.

²²⁵ Es justo lo que refleja el caso juzgado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4) Auto número 172 2010, de 14 septiembre. Las partes han incluido expresamente la aplicación de la CISG al contrato de distribución: «Así, en la modificación del acuerdo de distribución de

por las partes para hipótesis que no recaen expresamente en el ámbito de la Convención, es lo que la doctrina llama de *opting in*²²⁶.

Sin embargo, como hemos visto anteriormente, en los casos de contrato de compraventa pura entre países signatarios de la CISG, si las partes no hacen una exclusión explícita a la aplicación de la CISG, esta será aplicada obligatoriamente, ya que los países signatarios de la CISG, este derecho uniforme hace parte del sistema jurídico nacional²²⁷. Por lo tanto, su aplicación es automática. Se puede decir, que en el caso que ambos contratantes tengan sus establecimientos en Estados signatarios de la CISG, y se observe que ellos no excluyeron la aplicación de la Convención, en esta hipótesis, la libertad que acompañan a las partes en el ámbito del comercio internacional es limitada.

Sin embargo, entendemos que excepto los contratos excluidos expresamente por la CISG, los demás contratos de compraventa mixtos entran dentro de la

productos Guess Jeanswear, suscrito el día 14 de junio de 1997, las partes litigantes acordaron expresamente: los contratos de venta según el acuerdo de distribución entre ustedes y Macco Appareil S.P.A. se registrará por el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 para ventas internacionales de bienes; cualquier controversia sobre el contrato de venta será diferida a la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (Francia).»

²²⁶ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Estudio preliminar del trabajo del profesor Jorge Olviedo Albán sobre «Autonomía conflictual en los contratos de compraventa internacional de mercaderías», a propósito del futuro Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea». Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012, pp. 15 – 22, en especial la p. 16; FERRARI, FRANCO. *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la CISG de 1980*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 187 y ss; HONNOLD O., JOHN. *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid: Derecho Reunidas, 1987, pp. 130 y ss.

²²⁷ En este mismo sentido: MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela. 2000, pp. 117 y ss. «La aplicación de la Convención de Viena a los contratos de venta se produciría, por tanto, en aquellos casos en los que la ley aplicable al contrato de concesión en defecto de pacto (artículo 4.2 ó 4.5 del Convenio de Roma) se correspondiese con un ordenamiento jurídico de un Estado contratante del mismo». CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, «El Convenio de Viena de 1980 como núcleo en la regulación de la compraventa internacional de mercaderías (comentario a propósito de la Sentencia arbitral de la CCI, N.º 8611/HV/JK, de 23 de enero de 1997)», *Derecho de los Negocios*, N.º 99, 1998, pp. 15-28. En la famosa Sentencia arbitral de la CCI N.º 8611/HV/JK, de 23 de enero de 1997, el caso se trató de un contrato de distribución, que en virtud de ese contrato de distribución se produjeron numerosos contratos de compraventa entre los contratantes. En este caso, el fabricante alemán reclamó el pago del precio de unas mercaderías entregadas. Y en defensa el distribuidor español alega el incumplimiento de la cláusula de distribución en exclusiva. Igual que la sentencia CCI, N.º 8611, hay varios ejemplos como éste, en los que se aplica la CISG por mediación de la norma de conflicto. Ejemplo de ello es la Número de la CLOUT 1, Número del caso 1, Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 13 de junio de 1991; Número de la CLOUT 1, Número del caso 6, Landgericht Frankfurt, Alemania, 16 de septiembre de 1991; Sentencia arbitral de la CCI, N.º 7197/1992.

posibilidad de aplicación de la Convención con base al uso del principio de la autonomía de la voluntad²²⁸. Como actualmente todavía hay cierta duda sobre la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, conviene que las partes hagan uso del principio de autonomía de la voluntad e incluyan expresamente la aplicación del texto vienes a su contrato, lo que eliminarían las dudas aplicativas y reforzaría la voluntad de las partes²²⁹.

Para más abundamiento y aprovechando la oportunidad, quisiéramos destacar que existe el debate jurídico sobre la no aplicación de la CISG a los contratos marco de distribución debido a la inexistencia de los elementos esenciales de la oferta en el contrato marco. No obstante, tal discusión debería centrarse primeramente en una fase anterior, que es el ámbito de aplicación de la CISG y está claro que los contratos de distribución internacional muy probablemente cumplirá con el requisito de la internacionalidad y además no hace parte del rol de los contratos excluidos de la aplicación de la CISG²³⁰. Igualmente, no impide que las partes, por la autonomía de

²²⁸ Según JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, de los aspectos intrínsecos de la autonomía de la voluntad, genéricamente entendida, se puede resaltar la inclinación de la dialéctica-autoridad, inevitable en esta aproximación. Al constituirse el Estado en el elemento de máxima organización institucional moderna, el conjunto de enfrentamientos se enriquece al añadir la confrontación entre «individuos» y «Estado» (colectividad). La autonomía así, es la posibilidad de darse un ordenamiento. Tal definición es usada en todas las acepciones del término, que distan mucho en términos reales, de lo que por autonomía de la voluntad se entiende. Por otra parte, la autonomía privada se revela como una exigencia insuprimible de una comunidad integrada por individuos, tal autonomía puede ser contemplada como una autonomía verdaderamente jurídica o como una mera «autonomía social». Lo cierto es que no puede ser analizada exclusivamente desde un ángulo: la existencia del ordenamiento estatal (heterónomo) determina que el problema se incline al campo de las relaciones entre ordenamientos, si bien tales relaciones deben ser en un plano distinto al de las relaciones que surgen entre ordenamientos dotados intrínsecamente de juridicidad. CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, 1992, pp. 66 y 67.

²²⁹ Además en lo que la CCI recomienda en el modelo de la cláusula, veamos: «El presente contrato y todas las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo se rigen por las leyes de España, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado y de la Convención de Viena de 1980». En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4) Auto número 172/2010, de 14 septiembre las partes han incluido expresamente la aplicación de la CISG al contrato de distribución: «Así, en la modificación del acuerdo de distribución de productos Guess Jeanswear, suscrito el día 14 de junio de 1997, las partes litigantes acordaron expresamente: los contratos de venta según el acuerdo de distribución entre ustedes y Macco Appareil S.P.A. se regirá por el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 para ventas internacionales de bienes; cualquier controversia sobre el contrato de venta será diferida a la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (Francia)».

²³⁰ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETI LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGU SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1227: «Los elementos de aplicación de la Convención de Viena a los contratos de distribución internacional son la

la voluntad, declaren expresamente en el contrato marco también sea regido por la CISG²³¹, ya que quizás no exista operaciones relacionadas directamente con la compraventa, pero muy probablemente existirán directrices relacionadas indirectamente con la misma, que sobre estos aspectos la CISG está preparada para ampararlos. Siendo así, de momento podemos afirmar que con base a las normas del ámbito de la aplicación de la CISG, podemos aplicar la Convención a los contratos de distribución²³².

2. PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA CISG Y SUS LÍMITES – *OPTING OUT*

El principio de la autonomía de la voluntad tanto está para ser utilizado para incluir la aplicación de la CISG a los contratos, como también puede ser empleada para justificar la exclusión de la aplicación de la CISG²³³. Entonces, partiendo de la base que la CISG es aplicable a los contratos de distribución, las partes pueden excluirla de acuerdo con el artículo 6²³⁴. Tal artículo también es conocido como cláusula *opting out* porque permite a los contratantes excluir la aplicación de la CISG o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. Otorgando a las partes el poder de decidir cuál es el Derecho rector de su contrato, si la CISG u otra norma del Derecho interno del Estado, pero es aconsejable que tal

internacionalidad del contrato y el ámbito material (art. 1 y 2 de la CISG), por lo que de momento es suficiente con señalar la aplicación prioritaria de la convención sobre las restantes leyes nacionales del país que lo ha ratificado».

²³¹ ESPINIELLA, MENÉNDEZ, ÁNGEL, «Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional», Anuario Español de Derecho Internacional privado, Tomo XIII, 2013, p. 437.

²³² Como podemos observar, en ningún momento la CISG hizo referencia a la exclusión de aplicación a los contratos de distribución, y según la teoría jurídica pura todo aquello que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido.

²³³ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Estudio preliminar del trabajo del profesor Jorge OLviedo Albán sobre «Autonomía conflictual en los contratos de compraventa internacional de mercaderías», a propósito del futuro Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea». Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012, pp. 15 – 22, en especial la p. 16.

²³⁴ Artículo 6 de la CISG: «Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos».

voluntad se establezca en el contrato de forma expresa y conforme al artículo 8 de la CISG²³⁵.

En este sentido y según la opinión N.º 16 del Consejo Consultivo de la CISG²³⁶, el artículo 6 de la Convención da amplia libertad para excluir la aplicación de la CISG, marcando tres momentos para ejercer tal manifestación: en la celebración del contrato, después de la perfección del contrato y hasta durante los procedimientos judiciales. Aunque entendemos que tal puntualización es apenas orientativa, pudiendo las partes excluir la CISG en cualquier momento. En este sentido, el Consejo Consultivo de la CISG enumera diversas formas como las partes deben expresar la intención de excluir la CISG, veamos:

En

(a) cabe ser inferida, por expresa de ejemplo, de:

(i) la exclusión expresa de la CISG;

(ii) la elección del derecho de un Estado no contratante;

(b) no cabe ser inferida simplemente de, por ejemplo:

contratante.

²³⁵ CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Curso de contratación internacional*, Madrid: Editorial Colex, 2006, pp. 186 y ss; Miguel Asensio, Pedro Alberto, «Cláusula de elección del Derecho aplicable», en S.A., Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 243 y ss; MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 61. En el caso de las partes no hacer referencia de forma expresa, es decir cuando las partes declaran que las obligaciones del contrato serán reguladas por lo establecido en la ley de un Estado y este es signatario de la CISG, sin lugar a duda, deben aplicarse las normas de la CISG.

²³⁶ CISG Advisory Council Opinión N.º 16. CISG, Australia, 30 de mayo de 2014. Relatora LISA SPAGNOLO, MONASH. Traducción al español por Rodrigo Monardes y revisada por los Profesores ALEJANDRO GARRO Y PILAR PERALES VISCASILLAS. Según la opinión N.º 16 del Consejo de Consultivo de la CISG, durante los procedimientos judiciales no cabe inferir la intención de excluir la CISG por el hecho de que una o ambas partes se abstengan de alegar o presentar argumentos basados en la CISG. Ello se aplica independientemente del hecho de que una o ambas partes sean conscientes de la aplicabilidad de la CISG. http://www.cisgac.com/file/repository/Spanish_opinion16.pdf.

Por esta razón, se denota que la CISG tiene un rasgo de peculiaridad, pues su aplicación en algunos casos no se impone a las partes del contrato de manera automática, principalmente en los casos que estamos tratando – la aplicación extensiva de la CISG a los contratos de distribución²³⁷. Para los Estados que no hayan ratificado la CISG, ésta reviste un carácter dispositivo, ya sea para los contratos de compraventa internacional, como para los contratos de distribución, pues su aplicación depende en última instancia de la voluntad de las partes en tal sentido²³⁸.

La CISG además de conceder a los participantes de la compraventa internacional la posibilidad de escoger el ordenamiento jurídico aplicable al contrato, el carácter dispositivo del contenido, también cabe la posibilidad de establecer excepciones de sus disposiciones o modificar sus efectos con relación a cualquiera de sus disposiciones. En otras palabras, el artículo 6 de la CISG permite a las partes excluir parcialmente la aplicación de la CISG a contratos de compraventa, como también tiene otra vertiente que permite la aplicación de la CISG a contratos mixtos.

Por lo tanto, las partes pueden incorporar al contrato de compraventa internacional de mercaderías normas diversas, al mismo tiempo, excluir explícitamente las normas de la CISG que entran en colisión con otras elegidas por las partes, y no sólo eso, viéndolo desde otro punto de vista, el artículo 6 de la CISG tiene tal flexibilidad, que permite a las partes extender la aplicación de la Convención a contratos distintos de la compraventa pura. Este es otro caso donde la

²³⁷ A menos no se trata de un Estado contratante, ya que según el artículo 1.1(a) de la CISG establece que la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías celebrados entre partes que tengan sus establecimiento en Estados diferentes, cuando esos Estados sean contratantes. Esto significa que si las partes no dicen lo contrario se aplicará la CISG ya que se sitúan en Estados que ratificaron la Convención y así esta hace parte del Derecho internacional de los Estados contratantes. Otra posibilidad de la no aplicación es cuando la operación tenga lugar en un Estado no contratante. CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO, comentario del artículo 6, en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena, Cívitas, Madrid, 1998, pp. 92 y ss. Número del caso 1163, número de la CLOUT 120, China International Economic & Trade Arbitration Commission CIETAC, 07 de abril de 2005, «El contrato no especificaba el derecho aplicable, de modo que el Tribunal Arbitral decidió que procedía aplicar la CISG puesto que los establecimientos del comprador y del vendedor estaban en Estados contratantes de la CISG».

²³⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Contrato de compraventa internacional de mercaderías – CISG de 1980, Y otros textos complementarios*. Navarra: Thomson, 2005, pp. 33 y 34.

CISG pareciera admitir que el contrato de distribución y otros a fines, puedan ser regidos por la Convención²³⁹.

Por consiguiente, las partes pueden elegir la ley que sea más adecuada a sus intereses en las relaciones internacionales, de esa forma el legislador al mismo tiempo que buscó unificar las reglas de la compraventa internacional, también optó por preservar el principio de la autonomía de la voluntad, proporcionando a las partes la libertad de elección y de exclusión de la norma aplicable al contrato, así mismo, por ejemplo, en el ámbito de la formación del contrato, la libertad al oferente de controlar su oferta (arts. 14-17) y al destinatario de controlar la aceptación (18.1); además de esto, las partes pueden establecer normas para la celebración de futuros contratos mediante este acuerdo²⁴⁰.

Este grado de libertad fue aceptado para dar más flexibilidad a los contratantes y también porque algunas materias están excluidas de la CISG, tales como: La venta de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico y las demás exclusiones que el artículo 2 de la CISG hace referencia, validez del contrato (artículo 4) o responsabilidad del vendedor por muerte o lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías vendidas bajo las normas de la CISG (artículo 5)²⁴¹. Los redactores apostaba por una norma más flexible, porque sí tendría una posibilidad mayor de aceptación.

Finalmente, el derecho de las partes de excluir total o parcialmente las normas uniforme de la CISG ha sido justificado como una aplicación particular de un principio general del Derecho internacional privado – la autonomía de la voluntad o

²³⁹ GARRO, ALEJANDRO MIGUEL. *La Convención de las Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación orden jurídico argentino*, que se puede consultarse en la dirección de Internet <http://www.CISG.law.pace.edu/CISG/biblio/sumgarro.html> MASEDA, RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 2000, pp. 66 y ss.

²⁴⁰ HONNOLD O., JOHN, *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Derecho Reunidas, Madrid, 1987, pp. 104 – 111.

²⁴¹ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 290 y ss; LOUKAS MISTELIS/ JOHN RIBEIRO, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, commentary article 5, C.H. Beck-Hart-Nomos, Múnich, 2011, pp. 89 y ss; HONNOLD O., JOHN, *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Derecho Reunidas, Madrid, 1987, pp. 71 y ss.

facultad reconocida a las partes para designar el ordenamiento jurídico aplicable a un contrato internacional – principio que consiente a los contratantes optar por una reglamentación adecuada a sus necesidades.

3. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN APLICADO EN LA PRÁCTICA. REGLAMENTO DE ROMA

Poniéndose en el escenario opuesto al anteriormente tratado (*opting out*), es decir cuando las partes no establecen la ley que será aplicada al contrato, y en caso de demanda, el operador jurídico tendrá que determinar qué Derecho será aplicado a los contratos de distribución internacional²⁴², en defecto de pacto en contrario, con una dualidad de régimen. Eso todo porque, el contrato de distribución habitualmente está formado por un contrato marco y por un contrato de compraventa de mercaderías.

Entonces, cabe la posibilidad de aplicar un régimen jurídico a los contratos-marco, donde podemos encontrar diversas situaciones: bien las partes hayan pactado la aplicación de una determinada ley, o se aplicará los artículos 3 ó 4²⁴³ del Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales²⁴⁴ que nos llevaría a la aplicación de la ley del establecimiento del distribuidor²⁴⁵.

²⁴² MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 40; AGUILAR GRIEDER, HILDA, «*Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I*», Cuaderno de Derecho Transnacional, Vol. 1, N.º 1, Marzo de 2009, pp. 19-35. «La elaboración por las instituciones comunitarias del Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) ha estado motivada por una doble necesidad: por un lado, la de transformar o convertir un Convenio internacional comunitario (Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980) en Reglamento comunitario (adoptado sobre la base jurídica prevista en los artículos 61 c) y 65 b) del TCE) y, por otro lado, la de modernizar o actualizar algunas de sus normas, adaptándolas a la actual realidad, al comercio electrónico»

²⁴³ El artículo 4 (1) (f) del Reglamento determina la ley aplicable en defecto de elección o cuando la ley elegida no es válida. Este artículo establece una regla especial para los contratos de distribución, esclareciendo que los contratos de distribución se regirán por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual. Sin embargo, se distingue entre contrato de compraventa y contrato de distribución en defecto de elección de ley.

²⁴⁴ El Convenio de Roma fue derogado por el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo Del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, publicado en el Diario de la UE de 4 de julio de 2007. El Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones

Normalmente los contratos de distribución en ejecución de las obligaciones adquiridas en el contrato marco, se gobiernan por el Derecho elegido por los contratantes, y tal elección es respaldada por el principio de la autonomía de la voluntad, que permite a las partes establecer libremente la ley que se aplicará al contrato.

En defecto de la falta de elección, en caso de controversia, el juez o el árbitro tendrán la tarea de determinar la ley aplicable al caso concreto. Para definir esta ley, se aplicará el Reglamento de Roma²⁴⁶, y como complementario en caso de tener que determinar el juez competente el Convenio de Bruselas, 27 de septiembre de 1968²⁴⁷, superado por el Reglamento de Bruselas N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre, para las transacciones establecidas dentro del ámbito de la Unión Europea²⁴⁸. Y para los contratos formalizados en el ámbito de los

Contractuales, también conocido como sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales I, entró en vigor para España el 17 de diciembre de 2009. Esta norma establece las normas para toda la Unión Europea que la legislación nacional deberá aplicar a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil que afecten a más de un país. Además del Reglamento Roma I, también hay otros dos reglamentos, el Reglamento Roma II (obligaciones extracontractuales) y el Reglamento Roma III (divorcio y separación legal)— para determinar la ley aplicable a los diferentes tipos de asuntos civiles y mercantiles. Vid. El Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre actualización, que fue presentada por la Comisión el 14 de enero de 2003, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de abril de 2004, número C 108/1.

²⁴⁵ Véase más en AGUILAR GRIEDER, HILDA, «*Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento de Roma I*», en Vol. 1, N.º 1, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 19-35; ESPINIELLA, MENÉNDEZ, ÁNGEL, «*Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional*», Anuario Español de Derecho Internacional privado, Tomo XIII, 2013, p. 429.; CARRILLO POZO, LUIS FRANCISCO, *El contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, pp. 21-24. Señala, la autonomía de la voluntad llega a ser el eje sobre el que el Reglamento de Roma se apoya, y a cuya luz debe ser éste interpretado.

²⁴⁶ Reglamento (CE) N.º 593/2008 del parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), se trata de normas uniformes que tiene como objeto determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales establecidas dentro de la Unión Europea. Sea aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

²⁴⁷ El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, trata sobre la competencia judicial internacional y reconocimiento de decisión extranjera.

²⁴⁸ Número del caso 379, número de la CLOUT 34, Corte di Cassazione, sez.un., Italia, 14 de diciembre de 1999. El caso se trataba de la celebración de un acuerdo relativo a la venta y distribución de mercaderías. El Tribunal Supremo confirmó la jurisdicción de los Tribunales italianos con arreglo al artículo 5 1) del Convenio de Bruselas y el artículo 4 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: en el primero se se ala ue la jurisdicción es la del lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación y el segundo conduce a la aplicación del derecho italiano por ue Italia es el país donde se debían cumplir las obligaciones características del acuerdo. Sin embargo, el Tribunal

estados americanos se aplicará el Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales²⁴⁹, también conocida como Convenio de México, 17 de marzo de 1994.

Observamos que tanto el Convenio de México como el Reglamento de Roma utilizan criterios seleccionadores distintos para determinar cuál derecho será aplicado²⁵⁰. Por un lado, el Reglamento de Roma emplea la noción de determinación *dónde se realiza la prestación característica* del en el momento de su celebración, artículo 4.2 y 4.5. Ya el Convenio de México, opta por aplicar el derecho del país donde establezca el *vínculo más estrecho* con el contrato, artículo 9²⁵¹.

En el caso que sea aplicado el Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales para determinar si efectivamente es la CISG la ley aplicable a los contratos de distribución, habrá que estar a lo establecido en el Reglamento N.º 593/2008²⁵² que regula la ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁵³.

Supremo también respaldó su parecer mencionando el artículo 57 1) a) de la CISG, según el cual el precio deberá pagarse en el establecimiento del vendedor, y recalcó que ese artículo enuncia una regla general cuya aplicación sólo podrá excluirse invocando una disposición, ya sea legal o contractual, en que se estipule un lugar de pago distinto del establecimiento del vendedor. En consecuencia, la decisión se basó en el supuesto de que la CISG se aplica no solamente a las ventas, sino también a los acuerdos de distribución, siempre y cuando se los pueda considerar cláusulas accesorias a un acuerdo de venta.

²⁴⁹ El Convenio de México de 17 de marzo de 1994, regula sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Los países signatarios son Bolivia, Brasil, México, Uruguay e Venezuela. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>

²⁵⁰ VIRGÓS SORIANO, MIGUEL, «Comentario a los Arts. 10.5, 10.6 y 10.10 CC (contratos internacionales y Convenio de Roma de 1980)» en M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (ed.) Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Madrid, 1995, pp. 609 y ss.

²⁵¹ VIRGÓS SORIANO, MIGUEL, «La Ley Aplicable a los contratos internacionales: La regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la protección característica del contrato», Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, coordinado por Juan Luis Prada, Editorial Civitas, S.A., volumen 4, 1996, pp. 5291- 5301.

²⁵² AGUILAR GRIEDER, HILDA, «Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I», Cuaderno de Derecho Transnacional, Vol. 1, N.º 1, Marzo de 2009, pp. 19-35. «Además de que el Reglamento de Roma subyace la voluntad de conciliar el mismo con otros instrumentos comunitarios y, más en concreto, en sede de Derecho aplicable, con el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de junio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), en la esfera procesal, con el Reglamento (CE) 44/ 2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas I). Por otro lado, detrás del Reglamento de Roma I también subyace la voluntad de potenciar la previsibilidad de sus respuestas

Según este Reglamento, en la hipótesis que las partes no establezcan la ley aplicable a los contratos de compraventa, ésta se determinará en función del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En caso que el país donde será realizado la obligación principal, tenga ratificado la CISG, ésta será aplicable, como mínimo, al contrato de compraventa porque la Convención ya hace parte del Derecho interno, siendo así, tiene su aplicación obligatoria²⁵⁴.

jurídicas, de sus soluciones y, en última instancia, de refozar la seguridad jurídica, ya que, pese a que en el Reglamento de Roma I también está presente el binomio flexibilidad/previsibilidad, la batalla la gana finalmente este último valor.

²⁵³ En este sentido, la Sentencia Audiencia Provincial número 410/2001 Baleares (Sección 5ª), de 15 junio, Recurso de Apelación núm. 4/2001. La parte apelante dice que hay un contrato de distribución en exclusiva mercantil entre ambas entidades, cuya pretensión es impugnada reiteradamente por la parte demandada sobre el art. 3 del mismo Convenio, y niega pacto alguno expreso de exclusiva. El Tribunal considera que: «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (RCL 1993\2205, 2400), determina el lugar de ejecución de las obligaciones aquel en que rige la Ley sobre el fondo del contrato en su ámbito objetivo, y a falta de sumisión de las partes, que en el Derecho Español es el del domicilio del deudor, reconocido por la apelada al alegar que entre ambas ha habido una compraventa de embarcaciones, y que el Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980 (RCL 1991\229 y RCL 1996, 2896) señala como competentes, en la compraventa internacional de mercaderías, el lugar de entrega de la mercancía y de los documentos (arts. 31 y 34) o el lugar del pago del precio (arts. 54 a 59); g) en todo caso, se considera lugar de ejecución de la obligación el territorio donde se ejercería la concesión». Número del caso 379, número de la CLOUT 34, Corte di Cassazione, sez.un., Italia, 14 de diciembre de 1999. El caso se trataba de la celebración de un acuerdo relativo a la venta y distribución de mercaderías. El Tribunal Supremo confirmó la jurisdicción de los Tribunales italianos con arreglo al artículo 5 1) del Convenio de Bruselas y el artículo 4 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales aplicando la CISG al caso.

²⁵⁴ Es lo que la Audiencia Previa de Pontevedra dictó en sentencia de 6 de octubre de 2014, que trató de un contrato de distribución internacional entre un fabricante francés y un distribuidor español. El juez con base en el Reglamento de Roma, artículo 3 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, artículo 4 trata sobre la libertad de elección de la ley aplicable, establece que referente a los criterios de obligación contractual, en la falta de elección por parte de las partes, llevando en consideración el artículo 1 que consagra el principio general según el cual el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. El artículo 4 trata de los casos en los cuales las partes del contrato no hacen referencia a la ley aplicable al contrato.

1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

- a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
- b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
- c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;
- d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;
- e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
- f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

En este sentido, los jueces y árbitros nacionales también lo han confirmado la posibilidad de la elección implícita de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución. Como podemos observar en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra, España, 17 de julio de 2010, aunque se tratara de un contrato de distribución internacional entre el principal francés y un distribuidor español, el juez muy acertadamente aplicó la CISG, artículos 53 y 62. Sin embargo, antes el juez tuvo en cuenta lo dispuesto en el Reglamento de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Haciendo referencia al artículo 3 sobre la libertad de elección de ley aplicable y el artículo 4 sobre los criterios de conexión aplicables a las obligaciones contractuales a la falta de elección de la ley aplicable por las partes. Por lo tanto, el juez justificó la aplicación de la CISG porque ambos contratantes tenían sus establecimientos en Estados contratantes de la CISG y se trataba de un contrato internacional, lo que para el juez fue más que suficiente para justificar la aplicación de la CISG de forma directa²⁵⁵.

g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

Con base en el Reglamento de Roma, el juez consideró que la ley aplicable sería la francesa, y como se trataba de una compraventa internacional se aplicaría la CISG, ya que ambos países eran Estados contratantes de la CISG.

²⁵⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra, España, 17 de julio de 2010. Disponible en <http://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/espana/?provincia=Pontevedra>. Véase número del caso 325, caso CLOUT 31, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 8 de abril de 1999, el caso se trata de la compraventa de molinos de viento para la distribución en exclusiva; PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «A CISG e os Contratos Internacionais de Distribuição». En *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: Desafios e Perspectivas*. Directores: Sílvio de Salvo Venosa, Rafael Villar Gagliardi e Eduardo Ono Terashima. Editorial Atlas, São Paulo, 2015, pp. 80-101. «Los elementos de aplicación de la Convención de Viena a los contratos de distribución internacional son la internacionalidad del contrato y el ámbito material (art. 1 y 2 de la CISG), por lo que de momento es suficiente con señalar la aplicación prioritaria de la convención sobre las restantes leyes nacionales del país que lo ha retificado».

Por otro lado, otra hipótesis es verificar si las partes han pactado alguna ley en especial o la aplicación del artículo 4.2 del Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, que bien direcciona a la aplicación de la CISG o directamente se aplica la CISG en los casos de los Estados que ya incorporarán la Convención a su régimen jurídico²⁵⁶. En los casos que las partes hayan establecido la aplicación de una determinada norma, esta voluntad debe ser respetada. Pero en caso contrario, se aplicará la hipótesis establecida por el Reglamento de Roma para encontrar la ley aplicable en la falta de elección voluntaria. Se observa que el artículo 4 del Reglamento de Roma tiene estructura de cláusula general, abierta y capaz de registrar y regular situaciones de constante cambios. El legislador pretende someter bajo un supuesto de hecho unitario la generalidad de los contratos internacionales. Para ello recurre a conceptos jurídicos flexibles como «prestación característica» (artículo 4.2) y «vínculos más estrechos» (artículo 4.4)²⁵⁷. Así el legislador consigue llegar a distintos grupos de contratos, pero sin dejar de proporcionar la seguridad jurídica necesaria para los contratos internacionales.

Una vez superado el procedimiento de encontrar el país dónde sucede la prestación característica del contrato o el país que posee el vínculo más estrecho, se pasa a la siguiente fase, que es por la cual efectivamente se establece qué ley será aplicada a la controversia. Como estamos tratando de los casos en los cuales los contratantes no establecen la ley aplicable, esta labor será ejercido por el operador jurídico, y en este caso, él tendrá que verificar cuáles leyes, referentes a la cuestión, pueden ser aplicadas al caso. Es de suma importancia que el operador jurídico antes

²⁵⁶ Número del caso 325, caso CLOUT 31, an delgericht des an tons rich, Suiza, 8 de abril de 1999. En presente caso se trataba de una distribución en exclusiva. El vendedor demandó en comprador por falta de pago. El Tribunal decidió ue, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 (1) del Convenio de las Comunidades Europeas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la competencia se determinaba en función del lugar donde había sido, o debía ser, cumplida la obligación ue servía de base a la demanda y ue, en este caso, debía determinarse aplicando la CISG. El Tribunal decidió ue los contratos de distribución eran contratos marco y ue los contratos de compraventa celebrados en el marco del contrato de distribución entraban en el ámbito de la CISG. El Tribunal desestimó el argumento del comprador de que la CISG era inaplicable en la presente causa porque la principal obligación contractual del comprador había sido la prestación de servicios.

²⁵⁷ VIRGÓS SORIANO, MIGUEL, «La Ley Aplicable a los contratos internacionales: La regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la protección característica del contrato», Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, coordinado por Juan Luis Prada, Editorial Civitas, S.A., volumen 4, pp. 5289- 5309, 1996.

de aplicar otra ley del derecho nacional, verifique si la CISG hace parte del conjunto de normas del derecho nacional, o en su defecto si el código civil permite la aplicación de la CISG.

Una vez que se halla el país donde se realiza la *prestación característica* o el país donde el *vínculo más estrecho se produce*, se pasa al análisis para verificar si este país es signatario de la CISG. Es en este momento que nos deparamos con la barrera impuesta por la doctrina y por la jurisprudencia, que, todavía, no está en la labor de aplicar la CISG a los contratos de distribución. Sin embargo, para tal negativa no encontramos, en ambas, una fundamentación convincente y que traiga una argumentación jurídica con una análisis más profunda²⁵⁸. Hallamos casi siempre

²⁵⁸ CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, «El Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 como núcleo en la regulación de la compraventa internacional de mercaderías, comentario de la sentencia de la CCI N.º 8611/HV/JK, de 23 de enero de 1997», Derecho de los Negocios, N.º 99, 1998, pp. 15-28; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUÍS Y CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, (dir.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, p. 147, 1997; CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, en LUIS DÍAZ PICAZO (dir.), *Comentario de la Convención de Viena*, civitas, Madrid, 1998, pp. 45-59. Según la autora, la CISG no puede ser aplicada al contrato marco de distribución porque este Convenio no responde: por ejemplo, a cuestiones de exclusividad, ni de la obligación de no competencia o de la venta de un mínimo de cantidad. Pero sí puede aplicarse a los contratos de compraventa que en virtud del mismo se efectúan. En este mismo sentido está el autor MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, pp. 37-39. Defiende que en los contratos marco de distribución carece de precisión, ya que la CISG establece por su artículo 14 que las ofertas debe cumplir los requisitos de objeto, cantidad y precio. Por otro lado, está GOLDSTAJN, ALEKSANDAR, *Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986) Ch. 3, 55-110. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstajn.html> Que defiende que la CISG deba ser aplicada a cualquier tipo de transacción contractual, por dos razones: La primera razón es que la CISG se ocupa de los contratos comerciales internacionales y establece algunas disposiciones, que en general es la que corresponde a la parte general de los contratos. Esto se logró mediante la inclusión de dos soluciones en las «Disposiciones Generales» de la Convención - una relativa a la interpretación de la Convención (artículo 7 (1), Y el otro frente a los problemas sustanciales de la ley aplicable y la interpretación de los contratos (Art. 7 (2), art. 8 y Art. 9); ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL, «Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional», Anuario Español de Derecho Internacional privado, Tomo XIII, 2013, p. 426. Referente a la jurisprudencia presentamos el número del caso 187, número de la CLOUT 14, U.S. District Court, Southern District of New York, Estados Unidos de América, 23 de julio de 1997. «Un fabricante australiano de accesorios de moda concertó un «Acuerdo de Distribución» con un distribuidor de los Estados Unidos. El Acuerdo especificaba las condiciones por que se regían las dos partes en sus negocios comunes, incluidos métodos de pago, entrega y garantías de calidad (artículo 14.1 de la CISG). El distribuidor convino en adquirir accesorios por una cantidad total especificada, durante el año siguiente a la concertación del Acuerdo. Poco después de concertar el Acuerdo, las partes lo modificaron para transferir al distribuidor los accesorios del fabricante que se hallaban ya en los Estados Unidos. A continuación el distribuidor encargó más accesorios y el fabricante le notificó que los accesorios estaban ya listos para el envío. Ahora bien, el distribuidor no había establecido una carta de crédito antes del envío, según se estipulaba en el Acuerdo de Distribución. En vista de ello el fabricante escribió al distribuidor para que remediará su olvido dentro de un plazo fijo (artículo 63 de la CISG). Antes de que el plazo expirase, el distribuidor se declaró en quiebra en los Estados Unidos. El Tribunal de quiebras concedió al distribuidor más tiempo para cumplir lo prescrito y falló que el fabricante se abstendría de entablar juicio ante un Tribunal australiano. El fabricante recurrió ante el Federal District Court alegando que las disposiciones de la CISG prevalecían sobre el Código de Quiebras de los Estados Unidos y que, por lo tanto, el Tribunal de

la misma explicación: que la CISG no se aplica a los contratos marco de distribución, pero sí a los contratos de compraventa ejecutados con base en los parámetros trazados por el contrato marco o la aplicación de la CISG, exclusivamente a la parte del contrato marco relativo a la venta de mercancía entre productor y distribuidor²⁵⁹.

Sobre este supuesto, nuestra intención es analizar determinados aspectos del contrato de distribución, tanto del contrato marco, como también del contrato de la compraventa para verificar la viabilidad de la aplicación de la CISG, no sólo en los contratos de compraventa que derivan del contrato marco, sino también el propio contrato marco de distribución. Estudiaremos algunos motivos que para la doctrina y la jurisprudencia son utilizados como justificativa para la inaplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución²⁶⁰. Se tratan de cuestiones controvertidas no sólo desde la perspectiva de la voluntad de las partes, sino también desde la óptica del operador jurídico que se va a ver obligado a escoger judicialmente el derecho rector del contrato, y se encontrará en una situación bastante incómoda puesto que este tema en particular carece de legislación.

quiebras no estaba autorizado para conceder un «plazo de gracia» (artículo 61.3 de la CISG) al distribuidor. El Federal District Court confirmó el fallo del Tribunal de quiebras, basándose en que el Acuerdo de Distribución no estaba incluido en el ámbito de la CISG porque el Acuerdo no abarcaba los accesorios que se encargaron subsiguientemente. Aunque el Acuerdo se había modificado para abarcar determinadas mercaderías especificadas, el Acuerdo modificado no mencionaba específicamente los accesorios en litigio». http://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_187_leg-1076.html

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal Gerechtshof Amsterdam, 16 julio 1992 (Países Bajos), en esta sentencia se declaró que la CISG sólo era aplicable a los contratos de venta que estaban establecidos dentro del contrato marco de concesión; Número del caso 166, número de la CLOUT 12, Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemania, 21 de marzo de 1996 (laudo sobre cuestiones de fondo), 21 de junio de 1996 (Laudo sobre costas procesales). En este caso, el demandante es una empresa de Hong Kong, y el demandado, una empresa de Alemania, habían concluido un acuerdo general para la entrega y distribución en exclusiva de mercaderías chinas. Según este acuerdo el demandante se encargaba de las relaciones comerciales con los fabricantes chinos y el demandado se encargaba de la distribución de las mercaderías en Europa. El fabricante chino no cumplió con la obligación contractual de entrega de mercancía. En este sentido, El demandante reclamaba el pago de la cantidad pendiente correspondiente a las mercaderías previamente entregadas. El demandado opuso en compensación una reclamación de indemnización por el lucro cesante ocasionado por la terminación de la relación comercial con el demandante, y se negó a pagar. Por lo que se refiere al acuerdo general de distribución, el Tribunal de arbitraje consideró que la indemnización por daños y perjuicios carecía de base suficiente puesto que no era consecuencia del incumplimiento del contrato de compraventa por parte del demandante en el sentido del artículo 74 de la CISG». http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_166_leg-1367.html

²⁶⁰ En este sentido número del caso 695, número de la CLOUT 65, District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Estados Unidos, 29 de marzo de 2004.

Para efectos de este trabajo, llevaremos en consideración que a la falta de ley pactada en el contrato de distribución una de las salidas es acudir el artículo 4.2 del Reglamento de Roma. Artículo, que a su vez, como ya mencionamos anteriormente, conduce a la ley del lugar donde presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte deba realizar la prestación característica, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratase de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central, es decir, el lugar del establecimiento del distribuidor²⁶¹. En tales circunstancias, lo que se observa en la jurisprudencia es la siguiente situación: en los países que ratificaran la CISG, se aplicaría la Convención de Viena a la parte de contrato de compraventa y referente al contrato marco se aplicará la ley nacional²⁶².

Ocurre que, aplicando la CISG o el Reglamento de Roma aisladamente, es decir aplicando la ley nacional, estamos patrocinando una situación de fragmentación legislativa del contrato de distribución, que conlleva a varios inconvenientes, sobretudo afecta al buen funcionamiento del contrato, como también el problema de incompatibilidad de leyes o el problema de delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los ordenamientos jurídicos reguladores de las relaciones entre productor y distribuidor²⁶³. Entonces, para evitar tantos inconvenientes jurídicos,

²⁶¹ Artículo 4.2 del Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales: Artículo 4: «La ley aplicable a la falta de elección. 4.2. Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los lazos mas estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte , este país será aquél en que esté situado su principal establecimiento o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento».

²⁶² Sentencia Oberlandesgericht Koblen, Alemania, 17 de septiembre de 1993. Se trata de un contrato de distribución. En el contrato marco los contratantes eligieron la aplicación del derecho francés. La CISG sólo fue aplicada a los contratos de compraventa en ejecución del contrato marco; Número del caso 192, número de la CLOUT 14, Obergericht des Kantons Luzern, Suiza, 8 de enero de 1997, el caso es sobre un contrato de distribución exclusiva entre el vendedor italiano y el distribuidor el comprador suizo. El comprador se negó a aceptar las mercaderías por falta de conformidad. Por consiguiente el vendedor demandó el comprador. El Tribunal consideró ue la CISG era aplicable puesto ue las partes no habían excluido su aplicación. Igualmente, el Tribunal estimó ue la CISG no era aplicable si en el caso no se tratara de elementos que no estuvieran relacionados con el contrato de compraventa. Sin embargo, la aplicación de la CISG era debido a que la demandase trataba de una reclamación relativa al pago del precio de las mercaderías del contrato de distribución y también porque las partes no habían excluido expresamente la aplicación de la CISG.

²⁶³ ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL Y PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *Derecho Mercantil Internacional, El Derecho Uniforme*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, p. 100;

debemos impedir la aplicación de *pluri* leyes en un mismo contrato, aplicando la CISG a los contratos de distribución.

4. LA PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

El concepto de prestación característica²⁶⁴ lo encontramos en el artículo 4.2 del Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales²⁶⁵ que trata sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales a la falta de elección de las partes. En este sentido, cuando las partes no establecen la ley

MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 125.

²⁶⁴ Para un estudio más detallado de los orígenes de la prestación característica: CARRILLO POZO, LUIS FRANCISCO, *El contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 30; , PELLISÉ URQUIZA, CRISTINA, *Los contratos de distribución comercial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 197-206; VIRGÓS SORIANO, MIGUEL, «*La Ley Aplicable a los contratos internacionales: La regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la protección característica del contrato*», Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, coordinado por Juan Luis Prada, Editorial Civitas, S.A., volumen 4, pp. 5289- 5309, 1996.

²⁶⁵ Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I). Artículo 4. Ley aplicable a falta de elección.-1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

- a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
- b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
- c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;
- d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;
- e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
- f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;
- g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;
- h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

aplicable al contrato o no se puede aplicar el artículo 4.1.f, (f) *el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual*), y se aplicará el apartado 2 del mismo artículo que dice que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la *prestación característica del contrato*. En este sentido, la prestación característica del contrato ayudaría dando pistas sobre qué ley se adecuaría al caso concreto²⁶⁶.

¿Pero cuál es la forma para identificar la prestación característica de los contratos, en especial, el contrato de distribución?²⁶⁷ Aunque defendemos que la base del contrato de distribución es la compraventa, sería demasiado pretencioso predeterminedar la prestación característica. Dicha determinación es tarea arriesgada debido a la complejidad de este tipo de contrato y por su capacidad de adaptación a las necesidades de los contratantes. Entendemos que es más prudente analizar caso por caso llevando en consideración el objetivo económico y funcional de cada contrato de distribución²⁶⁸.

²⁶⁶ Sin embargo, se debe dejar claro que sea aplicando el artículo para la aplicación de la CISG se aplica el artículo 4.1.f o el apartado 2 del mismo artículo, no se debe confundirse ni mezclar con la que se hace bajo la CISG. Ya que, la CISG para estos casos aplica el artículo 3.2, que señala que los contratos que incluyen una obligación de suministrar o de obtener mano de obra o de prestar servicios, junto con la obligación de entregar las mercaderías se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la CISG, si aquéllas constituyen la parte principal de las obligaciones, es decir, que la prestación del servicio no sea una parte preponderante del contrato. Por otra parte, también se puede llevar en consideración el consentimiento. SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 247-248.

²⁶⁷ PELLISÉ URQUIZA, CRISTINA. *Los contratos de distribución comercial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 197-206. Según la autora, el precepto de la prestación característica ha generado una intensa controversia que ha enfrentado a sus detractores y defensores. Reconoce que genera algunas dificultades conceptuales que el artículo 4.2 del Reglamento de Roma no ayuda a resolver, pues se refiere a la prestación característica sin definir este concepto y sin aportar indicación alguna sobre cómo aplicarlo a los diferentes contratos.

²⁶⁸ En este sentido, CISG Advisory Council Opinión N. 4, Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CNUCCI) , 24 Octubre 2004. Relatora PILAR PERALES VISCASILLAS. «7. El artículo 3(2) regula los contratos mixtos. Discernir si las diferentes obligaciones relativas a bienes y servicios están contempladas en un contrato mixto, o bien en varios contratos, es una cuestión de interpretación del contrato. 8. En la interpretación de los acuerdos de las partes, los elementos relevantes a tomar en cuenta incluyen, *inter alia*, la denominación y contenido completo del contrato, la estructura del precio y el valor otorgado por las partes a las diferentes obligaciones del contrato. 9. En la interpretación del término «parte principal» según el artículo 3(2) CISG, debe utilizarse primordialmente el criterio del «valor económico». El criterio de la «esencialidad» debe considerarse sólo cuando el del «valor económico» es imposible o inapropiado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁶⁹ y la doctrina²⁷⁰ mayoritariamente entienden que la prestación característica es la prestación típica del contrato, es decir, la que lo caracteriza. Entonces, de forma objetiva y también llevando en consideración lo establecido en el Reglamento de Roma I, en defecto de elección de los contratantes la ley aplicable al caso será la que tenga la conexión más estrecha al contrato. Para encontrar la prestación característica se debe buscar la esencia misma del contrato, y es a partir de este punto dónde llegaremos al elemento más importante dentro de él, cuya identidad y perfil jurídico es fácilmente determinable²⁷¹.

El autor SCHNITZER²⁷² fue el que realizó la conexión sistemática entre la prestación característica y el problema de los conflictos de leyes en materia de contratos. Lo diferencial de dicho autor es que su método va más allá que los métodos tradicionales de localización, puesto que al no predeterminar una fórmula de individualización del elemento lo que hace es aplicar la fórmula de la prestación característica del contrato. A su vez responde al objetivo de determinar la ley aplicable al contrato, conservando la elasticidad de la fórmula, ya que se trata de una fórmula aplicable a todos los casos porque en todos los contratos existe una

10. Lo «principal» no debe cuantificarse mediante porcentajes de valor predeterminados, sino que debe determinarse sobre la base de un análisis global». <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html#38>.

²⁶⁹ En este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de mayo de 1982, Tribunal decidió que, entre todas las obligaciones nacidas de un contrato de trabajo, había de tenerse en cuenta, a los efectos del artículo 5, número 1 (Convenio de Bruselas Reglamento (CE) N.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Artículo 5: Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1. a) en materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda), solamente aquella que «caracterizaba» el contrato. Y la sentencia del mismo Tribunal de 8 de marzo de 1988.

²⁷⁰ CARRILLO POZO, LUIS FRANCISCO. *El contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, pp. 30 y ss. Un primer planteamiento de algo similar a lo que hoy es la prestación característica fue en 1887, donde se defendía la aplicación de una sola ley a los contratos.

²⁷¹ CARRILLO POZO, LUIS FRANCISCO. *El contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 38.

²⁷² SCHNITZER. *Les contrats en droit international privé suisse*, en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 123 (1968.I), pp. 571 y ss.

prestación característica; bien es verdad que en determinados contratos la prestación característica es de fácil percepción y en otros contratos cuesta más determinarla.

Cuando se trata de un contrato unilateral, lógicamente la prestación característica es la que da razón al contrato. Ya en los casos de contratos bilaterales, la prestación característica no es el pago del precio, puesto que esta prestación está presente en todos los contratos, por lo tanto nunca será un elemento caracterizador de la relación. En el caso de los contratos de distribución, entendemos que por existir varios elementos que pueden llegar a ser considerados como la prestación característica, como puede ser la colaboración entre los contratantes, que es justo lo que la doctrina defiende como prestación característica de los contratos de distribución.

Sin embargo, el centro real de gravedad del contrato de distribución es sin duda la acción de comprar y revender del distribuidor, ese es sin duda el elemento catalizador de la relación comercial porque sin él no existe contrato de distribución.

5. FRAGMENTACIÓN LEGISLATIVA

Dépeçage es una palabra francesa que desde una perspectiva técnico jurídica, en términos generales, significa el fraccionamiento del contrato internacional para someterlo a la aplicación de distintas normas jurídicas. La partición puede ser de la *lex causae* o de la *lex fori*, tratándose pues de un procedimiento complejo de aplicación de diversas leyes en un sólo contrato²⁷³. La base teórica del *dépeçage* es la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito contractual²⁷⁴. El *dépeçage*

²⁷³ CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER. *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 31 y 32, defiende que se trata de un nuevo voto de confianza en el método conflictual como perspectiva general para dotar de solución jurídica a los contratos internacionales. Un método conflictual que actúa con una amplia esfera de libertad otorgada *ad initio* (desde el principio); MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 59, aunque el autor está a favor del de la aplicación de varias leyes al mismo contrato, lo defiende con matices, ya que considera que no se trata de convertir un contrato atípico en una suma de contratos típicos, y así determinar la ley aplicable para cada tipo contractual en concreto porque se trataría de aplicar la fragmentación impropia de la realidad negocial.

²⁷⁴ SANTOS BELANDRO, RUBEN. *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2 edición, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, o ntivideo, 1998, pp. 100-102.

apareció por primera vez como institución positivada en el Reglamento de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, en su artículo 3.1²⁷⁵, admitiendo la modalidad voluntaria de fraccionamiento en sentido amplio, es decir, permite que los contratantes dividan el contrato en varias partes y que a cada una de ellas se le apliquen leyes diferentes.

Sobre este tema, la doctrina no es uniforme. Hay autores que defiende la fragmentación jurídica de los contratos por tres motivos²⁷⁶: el uso de la autonomía de la voluntad para aplicar la *dépeçage* voluntario del régimen jurídico del contrato internacional. Segundo, el dogma de la unidad debe ceder ante la aparición de determinadas normas materiales imperativas en el caso concreto. Y por último, *ad abundantiam*, el hecho que el Derecho internacional privado haya funcionado tradicionalmente como un sistema mosaico en la determinación de la ley aplicable²⁷⁷.

La realidad heterogénea de los contratos de distribución sea por su complejidad o por su carácter atípico a la hora de determinar la ley aplicable al contrato resulta una tarea difícil, y por este motivo atrae el instituto del *dépeçage* como forma de solución²⁷⁸. Por tratarse de un contrato complejo y peculiar, la doctrina utiliza tal argumento para emplear el instituto del *dépeçage*. Así justifica la aplicación del Convenio de Viena sólo en la parte de la compraventa de mercaderías, y al contrato marco se la aplicaría el artículo 4.2 ó 4.5 del Reglamento de Roma, que

²⁷⁵ Reglamento de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Artículo 3 - Libertad de elección:

1 . Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

²⁷⁶ MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 59, en este sentido dice que la autonomía dependiente de los contratos de concesión (venta de productos respecto del contrato marco) no elimina, por lo tanto, la posibilidad de una fragmentación conflictual, ni por supuesto, elimina el punto de partida de unidad, autonomía y singularidad de la concesión comercial respecto de otras figuras contractuales; CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 31 y 32.

²⁷⁷ CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 32.

²⁷⁸ PELLISÉ URQUIZA, CRISTINA, *Los contratos de distribución comercial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 188-192.

establece la ley aplicable al contrato de distribución siendo la del lugar del establecimiento principal del distribuidor o aquella más estrechamente vinculada²⁷⁹.

Bien es verdad que los contratos de distribución tienen un carácter pluriobligacional donde cada conjunto de obligaciones (obligaciones principales que integran sobre la base del contrato de distribución, que son la compraventa –realizar pedido, entregar la mercadería, recepción de la mercadería, pagar, y las obligaciones accesorias, que son el pacto de exclusiva, las relacionadas con la propiedad industrial, el desarrollo del marketing, etc) pueden ser interpretadas bajo las normas del ordenamiento jurídico con el cual tenga más conexión, y ejemplo de ello es la aplicación de las normas establecidas para el contrato de agencia a los contratos de distribución. Eso es debido a la falta de norma y al apoyo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que así lo determinó.

Desde del punto de vista teórico, es posible la aplicación del convenio de Viena de 1980 conjuntamente con el Reglamento de Roma, puesto que ninguno de los dos Convenios excluye tal posibilidad. De hecho el artículo 6 de la CISG autoriza a las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad y están respaldadas por el artículo 6 de la CISG aplicar en el mismo contrato la CISG y la ley nacional. Para esto se deben respetar algunos requisitos como la existencia de coherencia y la conciliación de las reglas que serán aplicadas conjuntamente²⁸⁰. Además, los contratantes deben ser cautelosos a la hora de aplicar la fragmentación voluntaria, ya que en caso que las leyes aplicadas no sean coherentes entre sí, cabe la posibilidad que el juez desestime la fragmentación anulando así el contrato por incompatibilidad de leyes.

Sin embargo, la técnica de *dépeçage* es difícil y complicada, requiriendo la coordinación y coherencia de diferentes sistemas jurídicos, agravándose aún más a los contratos de distribución. Por eso creemos que en el caso de los contratos de distribución la ruptura de la unidad del derecho aplicable al contrato debe ser evitada

²⁷⁹ MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p.60.

²⁸⁰ CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 340 y 341.

al máximo y cuando no sea posible, ésta debe ser mínima, porque la aplicación de diferentes sistemas jurídicos a un mismo supuesto fáctico genera inseguridad jurídica a las partes, y además estaríamos retrocediendo a la evolución del derecho uniforme. En el caso específico de los contratos de distribución, no estamos a favor de la fragmentación en los asuntos que la CISG tiene capacidad y puede abarcar los conflictos del contrato en su totalidad. Lo que defendemos es, en defecto de pacto entre las partes, la aplicación de una única ley al contrato de distribución²⁸¹, que sería la CISG, una ley uniforme y desde el punto de vista internacional mejor preparada que las leyes nacionales.

En la hipótesis que existieran leyes nacionales específicas para el contrato de distribución, caso que no es el de España, quizá puedan resultar normativas más idóneas que la CISG, sin embargo la unificación y aplicación de un sólo régimen jurídico al contrato de distribución es más ventajoso para los contratantes, evitando así sorpresas para las partes particularmente el fabricante quien puede tener distribuidores en muchas partes del mundo y por lo tanto con la potencial aplicación de variadas leyes internas. Además con la aplicación de la CISG se evita también el conflicto de los distintos ordenamientos jurídicos internos, impidiendo así el riesgo de desarmonía del fraccionamiento del contrato.

6. LOS PRINCIPIOS DE LA HAYA SOBRE LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Por otro lado y para corroborar con nuestro argumento que es posible la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, traemos (presentamos) los Principios de La Haya sobre la Elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales (en adelante los Principios de La Haya), que el 08 de julio de 2015 fueron apoyados por la Comisión de las Naciones Unidas para el

²⁸¹ La Decisión de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bucarest, de 2 de abril de 1970 (*Revue roumaine des sciences sociales. Série de sciences juridiques*, N.º 1, 1979, pp. 80-81, con nota de O. Capatina).

Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI o Comisión)²⁸². La CNUDMI resaltó que los Principios de La Haya complementan varios instrumentos de Derecho Mercantil Internacional, entre ellos la CISG²⁸³, puesto que los Principios de La Haya tiene como objetivo fundamental promover la autonomía de la voluntad como criterio para la elección del derecho aplicable, permitiendo a las partes elegir de común acuerdo las normas que serán aplicadas al contrato, lo que garantiza y refuerza la seguridad jurídica a la hora de la elección de la ley aplicable a las transacciones comerciales internacionales²⁸⁴.

Los Principios de La Haya están compuestos de un preámbulo y 11 artículos, relativamente concisos, pero con un contenido correcto y flexible. Para que su ámbito de aplicación sea efectivo debe atender a dos requisitos²⁸⁵: Primero, ue los principios regirán la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales en ue las partes actúen en el ejercicio del ámbito comercial o profesión, pero no a los

²⁸² El 19 de marzo de 2015, los Miembros de la Conferencia de La Haya aprobaron oficialmente los Principios de La Haya. Según el preámbulo de los Principios de La Haya, se trata de un texto de *soft law*, es decir, no son vinculantes, «sino que ofrecen un marco global que sirve de guía para establecer, reformar o interpretar regímenes de elección de Derecho aplicable a nivel nacional, regional e internacional. En este sentido, la utilidad de los Principios ya quedó demostrada a principios de 2015, cuando el legislador de Paraguay los tomó como modelo y promulgó una ley sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales».

Por documento, informe A/CN.9/847, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó durante la 48º periodo de sesiones (29 de junio a 16 de Julio de 2015), los Principios de La Haya sobre la Elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacial. Se puede consultar en el documento A/CN.9/847 y en la dirección www.hcch.net.

²⁸³ Informe A/70/17, 48º Periodo de Sesiones, 29 de junio a 16 de julio de 2015 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.

²⁸⁴ GOICOECHEA, IGNACIO, «Los instrumentos de la Cogenrencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que facilitanel desarrollo de los negocios internacionales y de inversiones»,

, a o 3, n. 5, marzo, 2015, pp. 45-63. A modo de breve rese a creemos importante recordar ue la Conferencia de La a ya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental de carácter mundial. Actualmente la Conferencia de La a ya está compuesta por 78 Estados iembros (77 y la Unión Europea) de todos los continentes, a su vez, un número creciente de Estados no miembros se encuentra adherido a uno o más Convenios de La ay a. Así, hoy más de 140 países de todo el mundo participan del trabajo de esta Organización.

²⁸⁵ Principios de La Haya: Artículo 1 – m bito de aplicación de los Principios 1. Los presentes Principios regirán la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales en ue las partes actúen en el ejercicio de su oficio o profesión, pero no a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo. 2. A los efectos de los presentes Principios, un contrato será internacional a menos ue las partes tengan su establecimiento en el mismo Estado y ue la relación entre ellas, así como todos los demás elementos pertinentes, independientemente de la ley aplicable elegida, solo estén vinculados a ese Estado.

contratos de consumo ni a los contratos de trabajo. Y que la transacción comercial sea internacional.

Para la CNUDMI el principal objetivo de la acreditación de los Principios de La Haya es reforzar y reconocer la autonomía de las partes en las operaciones comerciales internacionales y garantizar que la ley elegida por estas tuviera el más amplio ámbito de aplicación posible. Tal reconocimiento está plasmado en el artículo 2²⁸⁶. Ya en el artículo 2.b observamos que los Principios de La Haya admiten la posibilidad del fraccionamiento de normas, es decir cabe la posibilidad de establecer diversas normas para conducir un sólo contrato, lo que como ya hemos visto anteriormente se conoce por *dépeçage*²⁸⁷. Otro factor importante de los Principios es la flexibilidad que se ofrece a las partes brindando la posibilidad de que la elección de la ley o leyes sea realizada o modificada en cualquier momento, artículo 2.3.

Y llegamos al punto más importante donde los Principios de la Haya conectan directamente con nuestro trabajo. Eso acontece en el artículo 2.4 que dice: «No será necesario que exista ningún vínculo entre la ley aplicable elegida y las partes o su operación». Es decir, el artículo 2 respalda la elección de la ley que será aplicada al contrato internacional y a su vez, también dice que no es necesario que el derecho elegido tenga conexión con la disputa. Este artículo abre las posibilidades para que las partes no solo escoja una norma no estatales, pero también cabe la posibilidad de que se elija una norma que no fue legislada para tal fin. Como por ejemplo, aplicar la CISG a los contratos de distribución porque se trata de una norma neutra, por afinidad a la materia y además está bien desarrollada para el tipo de transacción prevista.

²⁸⁶ Artículo 2 de los Principios de La Haya. Libertad de elección: 1. Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. Las partes pueden elegir: (a) el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y (b) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato. 3. La elección podrá realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada después de celebrarse el contrato no redundará en desmedro de su validez formal ni de los derechos de los terceros. 4. No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación.

²⁸⁷ SANTOS BELANDRO, RUBEN, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2ª edición, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, pp. 100-102.

Para corroborar, la Comisión también declaró²⁸⁸ que con la aprobación y reconocimiento de los Principios de la Haya se podía facilitar la elección de textos de la CNUDMI como por ejemplo la CISG, que de otro modo no serían aplicables. Sobre la base de las consideraciones anteriores, es evidente que los Principios de La Haya adoptan un concepto verdaderamente amplio de autonomía de la voluntad una vez que no exige una conexión entre la ley elegida y las transacciones comerciales, dejando así las partes muy libres para escoger el derecho aplicable a los contratos.

No se puede negar que el apoyo de la CNUDMI a este texto de La Haya viene a respaldar y apoyar la aplicación de los textos de la CNUDMI en situaciones que de otro modo no sería posible la aplicación o tal aplicación carecería de fundamentación y apoyo jurídico que justificase la elección de la ley aplicable sobre todo a la vista del Reglamento de Roma que no reconocería el acuerdo de las partes en relación con la CISG como verdadero derecho aplicable. En especial, hacemos especial referencia a la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, porque los Principios de la Haya complementan a la CISG una vez que ambos están inspirados en el principio de la autonomía de la voluntad, lo que da respaldo jurídico a las partes elegir la CISG como ley aplicable a los contratos de distribución con base a este principio, fomentado por los Principios de la Haya sobre la Elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales²⁸⁹.

Creemos que los Principios de La Haya tienen mucho potencial por su flexibilidad y enaltecimiento de la autonomía de la voluntad en las relaciones comerciales internacionales. Por ello, se espera que los Principios de La Haya sirva de inspiración para fomentar el cambio hacia a la modernización de la legislación contractuales internacionales de los Estados.

²⁸⁸ Informe A/70/17, 48º Periodo de Sesiones, 29 de junio a 16 de julio de 2015 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.

²⁸⁹ Según el informe A/CN.9/847, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional recomienda la utilización de los Principios de La Haya, según proceda, por parte de los Tribunales judiciales y arbitrales; como modelo para elaborar instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales, y para interpretar, complementar y elaborar normas de derecho internacional privado.

7. APLICACIÓN DE LA CISG A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN POR ANALOGÍA

Al contrario de lo que ocurre con el contrato de compraventa, los contratos de distribución son un ejemplo de contrato atípico, pero por ser tan sumamente conocido y empleado en virtud de la práctica comercial se tornó en un contrato *típico socialmente*²⁹⁰. Bien es verdad que a nivel nacional, y por referirnos a los últimos intentos de regulación, existió el intento de inclusión de un Capítulo sobre dichos contratos en la Propuesta de Código Mercantil de 2013, si bien dichos contratos quedaron finalmente excluidos del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, por lo que tal propuesta no logró tener éxito²⁹¹. Por otra parte, a nivel Europeo, la Unión Europea sólo ha regulado el contrato de agencia, a través de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986. España incorporó la citada Directiva por la Ley 12/1992 sobre contrato de agencia²⁹².

Ante tales circunstancias y como el Derecho no es capaz de prever y regular todos las situaciones posibles e imaginables que ocurren en la sociedad, para resolver el problema de aplicación de la CISG a los contratos de distribución, podemos acudir a la analogía que es uno de los medios a los que recurre el razonamiento jurídico en su doble función de interpretar y aplicar el Derecho²⁹³. Por ello, se aplicaría la CISG

²⁹⁰ FERNÁNDEZ SEJO, JOSÉ MARÍA, «Contrato de agencia, distribución y franquicia», Cuadernos de Derecho Judicial XXI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 30.

²⁹¹ El contrato de distribución en la Propuesta de Código Mercantil de 2013 está dispuesto en el Libro V, Título IV, Capítulo III, compuesto por 5 secciones. Véase más sobre la Propuesta de Código Mercantil en: Propuesta Código Mercantil elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, 2013, pp. 479-489. Vid. CRUZ RIVERO, DIEGO, *La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil*. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1262-1288. En el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil ha desaparecido toda referencia a los contratos de distribución, sin que se haya vertido justificación alguna a la opinión pública o los sectores interesados. En el Anteproyecto se sigue regulando entre otros contratos de colaboración el contrato de agencia, razón por la que se deroga expresamente la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, publicado en el BOE N.º 129 de 29 de mayo de 1992.

²⁹² Se añadió la disposición adicional 16.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en la LCA sobre el contrato de distribución de automóviles. El texto añadido fue publicado el 05 de marzo de 2011, en vigor a partir del 06 de marzo de 2011.

²⁹³ En Alemania, la analogía constituye una de las formas más importantes de fundamentación de las decisiones del Tribunal Supremo Federal. LEGAZ LACAMBRA, LUIS, «El razonamiento por analogía como

a los contratos de distribución por medio de la interpretación analógica de una norma ya existente (CISG) a una situación jurídica sin regulación legal (contrato de distribución) y en consecuencia se crearía una regla nueva que fue creada por la necesidad de regular un comportamiento de la sociedad. Así la CISG se presentaría como un conjunto de reglas supletorias a lo establecido por las partes en el contrato. Y en caso de que no exista contrato, la CISG se presentaría como un conjunto de norma de carácter principal, ya que se trata de normas de contratación claras, transparentes y eficaces, que además está capacitadas para ofrecer un régimen supletorio mínimo ante la ausencia de previsión contractual para los contratos de distribución²⁹⁴.

Entonces, ante la situación de la ausencia de un régimen legal internacional y uniforme para regular los contratos de distribución, ello ocasiona una laguna del Derecho. Ante esta situación, y aprovechando la existencia de la CISG²⁹⁵, atendiendo, asimismo, a la semejanza entre ambos contratos y acudiendo a criterios que aboguen por una solución razonable al problema, proponemos una vez más la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, si bien ahora por la vía de la *analogía iuris* como técnica de aplicación de principios generales del derecho, que

método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales», Revista de la Facultad de la Universidad Complutense, número 69, 1993, pp. 15-36.

²⁹⁴ ALONSO SOTO, RICARDO. «Bases para una futura tipo regulación de los contratos de distribución». En: La reforma de los contratos de distribución comercial. VV.AA. Las Rozas: La Ley, 2013, pp. 49 – 62.

²⁹⁵ Sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo, 532/2012, de 30 de julio. El caso se trata del contrato de distribución y venta de productos de calefacción y climatización. Fue establecido por el pacto de exclusiva que se respetaría las zonas indicadas en el contrato. Para que pueda ejercitarse con éxito la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes. Como argumento menciona la sentencia Sentencia N.º 1000/2008 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 30 de Octubre de 2008. Tal sentencia afirma que desde 5 de abril de 2006, hay una tendencia en el STS a ajustarse a los criterios de la CISG sobre incumplimiento. «...cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49 diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8 :103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.»

solamente se aplican en defecto de la ley²⁹⁶. Pues el principio de la analogía, que hace parte de los principios generales del derecho, es la extensión y aplicación material de una ley establecida para una clase de hechos, a un caso semejante, pero distinto, que carece de norma jurídica, tal como es el caso presentado²⁹⁷.

Cuando las normas no contemplan el supuesto específico del caso que se ha de resolver, existe una laguna legal, pero si está previsto otro supuesto semejante al planteado y en ambos se aprecia identidad de razón, la norma del caso puede aplicarse por analogía²⁹⁸. Siendo por lo tanto, semejanza e identidad de razón los dos requisitos en que se funda la aplicación de una norma por analogía, con lo cual, encaja perfectamente la situación de la falta de regulación de los contratos de distribución al abanico de artículos que la Convención de Viena de 1980 proporciona para suplir esta falta de regulación. Por todo ello, podemos decir que la CISG proporciona la regulación normativa adecuada para enfrentar los problemas derivados de la formación del contrato, las obligaciones en general, la falta de

²⁹⁶ Vid. LEGAZ LACAMBRA, LUIS, «El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales», *Revista de la Universidad Complutense* (69), Madrid, pp. 15 y ss, 1983; VARELA QUIRÓS, LUIS ALBERTO, *Las fuentes del Derecho Internacional*, Temis, Colombia, 1996; LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI, *Fuentes del Derecho*, Lete argitaletxea, Bilbao, 2007; TARDÍA PATO, JOSÉ ANTONIO, *Los Principios Generales del Derecho*, Bosh, Madrid, 2011.

²⁹⁷ Véase número del caso 325, caso CLOUT 31, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 8 de abril de 1999, el caso se trata de la compraventa de molinos de viento para la distribución en exclusiva. El vendedor demandó el comprador porque este no pagó por las mercaderías. Aunque, el comprador alegó la incompetencia del Tribunal. Sin embargo, el Tribunal se declaró competente en virtud del artículo 5 (1) de la Convención Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la jurisdicción se basa en el lugar de cumplimiento de la obligación de que se trata. Sobre el tema el Tribunal declaró que los contratos de distribución son los acuerdos marco, y que los acuerdos de venta individuales asumidos en el marco del acuerdo de distribución se incluye en el ámbito de la CISG. El Tribunal también rechazó el argumento del comprador que la CISG no era aplicable en el presente caso debido a que la principal obligación contractual del vendedor había sido la prestación de servicios. Sobre este tema, el Tribunal señaló que ni el acuerdo de las partes, ni las facturas del vendedor para las entregas individuales contenían estipulaciones en cuanto a la prestación de servicios. El Tribunal llegó a este entendimiento argumentando que los acuerdos de venta no podían ser clasificados como acuerdos de servicios únicamente porque los costes de ingeniería para el desarrollo de las unidades fueron más altos que el valor de las materias primas y semi-manufacturados utilizados. En consecuencia, el hecho de que el valor de las unidades era mucho más alto que el precio de los materiales utilizados para su producción, no se opone a la aplicación de la CISG. El Tribunal determinó brillantemente que sólo en el caso de que el comprador suministrara los materiales necesarios para la fabricación de productos que son superiores en valor que los materiales suministrados por el vendedor, la CISG no sería aplicada conforme el párrafo (2) del artículo 3.

²⁹⁸ PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Compendio de Derecho Civil*, Vol. 1, Bosh, Barcelona, 1987, pp. 101 y ss; GARCÍA VALDECASAS, GUILLERME, *Parte General del Derecho Civil Español*, Madrid, 1983, p. 108. «La aplicación de la analogía de las leyes se funda en un principio de justicia»; LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho Civil*, Tomo I, Trivium S.A., Madrid, 1992, pp. 102 - 104.

conformidad de las mercaderías y servicios y los remedios y acciones en caso de incumplimiento, cubriendo así las lagunas dejadas por la falta de ley propia.

II. LA CISG EXTIENDE LA DEFINICIÓN CLÁSICA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA PARA ACUÑAR UNA DEFINICIÓN MÁS MODERNA

Una vez demostrado que se puede aplicar la CISG a los contratos de distribución a través de la voluntad de las partes, la línea de este trabajo es defender la posibilidad de aplicación de la CISG a los contratos de distribución al considerar que la CISG cubre dentro de su ámbito de aplicación este tipo de contrato, pasaremos a analizar el artículo 3 de la CISG que es el precepto donde podemos anclar al contrato de distribución y que deja muy claro que el ámbito de aplicación de la Convención engloba a otros contratos distintos de la pura compraventa que incluyen otras obligaciones para las partes que van más allá del simple suministro de mercaderías²⁹⁹.

La CISG a través del artículo 3 nos presenta una nueva definición de contrato de compraventa, tratándose de un concepto de interpretación más amplia y adecuada a los días actuales³⁰⁰, que puede llegar a incluir cualquier relación contractual, cuyo objeto contractual principal sea el intercambio de bienes a cambio de dinero³⁰¹.

De acuerdo con el artículo 3 de la CISG, párrafo (1):

«Se considerarán compraventa los contratos de mercaderías que hayan de ser manufacturados o producidos, a menos que la parte que las entregue asuma la

²⁹⁹ Vid. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, CISG-AC Opinión N. 4, Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CNUCCIM). 24 Octubre 2004.

³⁰⁰ En los Estados Unidos el concepto de contrato de compraventa va más allá de la prestación básica de dar. Pese la sección 2-102 del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos delimitar su aplicación a los contratos de compraventa, sin embargo los Tribunales norteamericanos aplican continuamente el artículo 2-102 a los contratos que son mucho más que simples compraventa.

³⁰¹ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho internacional privado*, II, 9ª ed., 2008, pp. 460 y 461.

obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. 3.2 La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

En este sentido, el artículo 3 versa sobre la aplicación de la CISG a contratos distintos de la compraventa pura, previendo la posibilidad de aplicar la ley uniforme a contratos en que se identifican además de la presencia de los elementos propios de la compraventa, elementos pertenecientes a otros tipos de contratos, como por ejemplo la presencia simultáneas de las obligaciones de dar, hacer o no hacer³⁰². En este aspecto, el artículo 3 de la CISG nos deja la puerta abierta para además de plantear la posibilidad de aplicación, también justificar la aplicación de la Convención a los contratos mixtos, como los contratos de distribución³⁰³.

Por lo tanto, la CISG prevé en este artículo, una actuación del vendedor diferente de las ya observadas en leyes que regulan la compraventa pura. De esta manera, la CISG equipara el contrato de compraventa a contratos que además de existir la prestación de transmitir la propiedad a cambio de un precio, que es típica de un contrato de compraventa, también augura la obligación accesoria del vendedor de proporcionar mano de obra y/o servicios adicionales, es decir, la CISG prevé su

³⁰² PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETI LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.1232; GARRO, ALEJANDO MIGUEL, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: su incorporación al ordenamiento jurídico argentino», publicado en La Ley, Buenos Aires, 1985, pp. 930 - 952, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sumgarro.html.

³⁰³ Pese a que el autor MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, no este de acuerdo con nosotros. «Efectivamente, el contrato de concesión, como contrato de distribución que es, y a pesar de retener elementos propios de la compraventa (en el acuerdo-marco, fabricante y concesionario pactan, entre otras cosas, el suministro de productos contractuales del fabricante al distribuidor en función de las necesidades de éste último y de los objetivos que el primero se haya marcado respecto de la red comercial que crea, materializado a través de contratos de venta de estas mercaderías) no sólo no es un contrato de venta, tal como lo concibe el Convenio de Viena, al no responder a la definición de la misma que resulta de los arts. 30 y 53 de la Convención que relacionan las obligaciones de vendedor y comprador, distintas a aquellas a las que se comprometen fabricante y distribuidor». MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 36.

aplicación a los contratos que posee las obligaciones de hacer o no hacer³⁰⁴. De esa forma, la Convención rompe con la estructura típica del contrato de compraventa tal y como hasta ahora se conocía en los ordenamientos jurídicos nacionales³⁰⁵.

1. EL ARTÍCULO 3.1 DE LA CISG

Partiendo de este hecho, por un lado, el párrafo 1 del artículo 3 de la CISG se refiere a los contratos en los que al vendedor se obliga, además de satisfacer las prestaciones propias del contrato de compraventa, a suministrar materiales necesarios para la manufactura o producción de las mercaderías³⁰⁶. Establece que la venta de mercaderías que sean manufacturadas o producidas por el vendedor será considerada como compraventa y consecuentemente se regirán por la CISG en las mismas

³⁰⁴PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1231.

³⁰⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 173; GARRO, ALEJANDRO MIGUEL, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: su incorporación al ordenamiento jurídico argentino», publicado en La Ley, Buenos Aires, 1985, pp. 930 - 952, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sumgarro.html.

³⁰⁶ Véanse número del caso 1017, número de la CLOUT 103, Hof van Beroep Gent, Bélgica, 15 de mayo de 2002; Número del caso 935, número de la CLOU 93, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 25 de junio de 2007; Número del caso 892, número de la CLOU 88, Número 886, número de la CLOUT 88, Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Suiza, 3 de diciembre de 2002; Kantonsgericht Schaffhausen, Suiza, 27 de enero de 2004; Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China, República Popular China, 2005 (laudo núm. CISG/2005/12), cisgw3.law.pace.edu/cases/050613c1.html; Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 25 de enero de 2005; Oberster Gerichtshof, Austria, 21 de abril de 2004, cisgw3.law.pace.edu/cases/040421a3.html; Número del caso 882, número de la CLOU 87, Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 5 de noviembre de 2002; Número del caso 446, número de la CLOUT 39, Oberlandesgericht Saarbrücken, Alemania, 14 de febrero de 2001; Número del caso 430, número de la CLOUT 37, Oberlandesgericht München, Alemania, 3 de diciembre de 1999. Kantonsgericht Zug, Suiza, 14 de diciembre de 2009, que puede consultarse en la dirección de Internet globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2026.pdf; Obergericht des Kantons Aargau, Suiza, 3 de marzo de 2009, que puede consultarse en la dirección de Internet globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2013.pdf; Oberlandesgericht Oldenburg, Alemania, 20 de diciembre de 2007, cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/071220g1.html; Oberlandesgericht Innsbruck, Austria, 18 de diciembre de 2007, cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/071218a3.html; Oberlandesgericht Linz, Austria, 24 de septiembre de 2007, cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/070924a3.html; Kantonsgericht Aargau, Suiza, 20 de septiembre de 2007, que puede consultarse en la dirección de Internet globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1742.pdf;

condiciones establecidas para los contratos puros de compraventa, pero el suministro de materiales no puede superar la parte principal del negocio³⁰⁷. Entendemos que lo establecido en este artículo es bastante coherente, pues que si la parte que encargara las mercaderías proveyera la parte sustancial de los materiales a ser manufacturados, ya no se trataría de contrato de compraventa o un contrato mixto de dar y hacer, y sí un contrato de prestación de servicio.

2. EL ARTÍCULO 3.2 DE LA CISG NACIÓ DE LA NECESIDAD JURÍDICA

Por otro lado, el párrafo 2, del artículo 3³⁰⁸, establece la aplicación de la CISG a los contratos de obligación mixta, que es el caso del contrato de distribución, donde se observa tanto la presencia de las obligaciones propias de la compraventa, como también podemos observar obligaciones específicas del contrato de distribución, acuerdo de exclusiva, obligación de desarrollo de marketing, suministros de mano de obra, como también la prestación de servicio, etc., pero siempre y cuando estas obligaciones anteriormente citadas no extrapolen la parte principal del contrato³⁰⁹. No podemos pensar que este artículo cayó en la CISG de paracaídas, ni mucho menos. Todos los artículos que componen la CISG fueron exhaustivamente debatidos y tiene una razón de ser, no es diferente con el artículo 3.2.

³⁰⁷ CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, Sevilla, 2000, p. 86. Este precepto supone que a nivel de jurisdicción nacional no podría calificarse como un contrato puro de compraventa.

³⁰⁸ Artículo 3.2 de la CISG: La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

³⁰⁹ Sobre la interpretación de la expresión *parte principal* véase DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*, Cívitas, Madrid, 1998, p. 69; HONNOLD O., JOHN, *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 114; Conferencias de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo – 11 de abril de 1980, documentos oficiales.

Ante este panorama es inevitable dejar de pensar que tal artículo tiene un especial sentido de existir. Para explicar este sentido de existir, volveremos al pasado, de forma muy breve, pero suficiente para dar sentido a la existencia del artículo 3 de la CISG.

La historia del artículo 3.2 de la CISG no es parecida a la de tantos artículos de la CISG, puesto que no estaba contemplada anteriormente en las Leyes Uniformes de la Haya. Y es debido a su inexistencia que surgió la necesidad de creación de una norma que regulara los supuestos de los llamados contratos mixtos, es decir de los contratos en los cuales los vendedores se obligaban a entregar las mercaderías y, además, a prestar un servicio relacionado con la ella, que podría ser desde la asistencia técnica a la puesta en marcha del objeto contractual. El problema de los contratos mixtos, es que ellos estaban en un limbo que ni eran considerados contratos puros de compraventa, ya que se observaba la presencia de obligaciones como hacer y no hacer, pero de otro lado, tampoco se identificaba con los contratos de servicio o trabajo, ya que concurría la existencia de los elementos típicos de la compraventa.

Como el artículo 3 de la CISG hace una reserva sobre su aplicación a los contratos mixtos, entonces para declarar si la Convención será aplicado o no a este tipo de contrato, es necesario verificar cuál de las prestaciones tuvo mayor importancia dentro del contrato. Para llegar a la conclusión de cuál prestación fue considerada la principal dentro del contrato, la CISG nos facilita un baremo para identificar cuál es la *parte sustancial* o *parte principal*, en el bien entendido que el párrafo 1 del artículo 3 hace referencia a la parte sustancial, mientras que el párrafo 2 se refiere a la parte principal.

La puesta escena del artículo 3 de la CISG parece ser intencional, ya que es justo en este punto que la Convención hace su conexión con los contratos de distribución³¹⁰. La falta de especificación de determinados términos claves, nos lleva

³¹⁰ En la análisis de las observaciones y propuestas de Gobiernos y organizaciones internacionales relativas al proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y a las disposiciones del proyecto relativas a la aplicación, las reservas y otras cláusulas finales, preparadas por el Secretario General en el documento A/CONF.97/9, p. 79, El Reino Unido presentó una observación, que después se transformó en presentación de una enmienda (A/CONF.97/C.I/L.26), estimando que la expresión *parte principal* creaba una incertidumbre y que ciertamente causaría divergencia de interpretación en los Tribunales. Por eso propuso que se sustituyera la expresión *parte principal* por las palabras *la parte más importante del valor* que para ellos resultaría una formulación más precisa. Francia presentó una enmienda (documento A/CONF.97/11) en la que describía lo que sería

a interpretar, que es debido a la voluntad de los redactores que la CISG fuera aplicada extra muros de los límites del contrato de compraventa puro. Como por ejemplo lo que defendemos en este trabajo – la aplicación de la CISG a los contratos de distribución.

No obstante, y pese a existencia del artículo 3.2, la doctrina contraria a la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, entiende que el contrato de distribución, a pesar de retener elementos propios del contrato de compraventa, no es un contrato de compraventa tal como concibe la CISG porque los contratos de distribución no responden a la definición de la misma, que resulta de la interpretación de los artículos 30 y 53 de la CISG³¹¹.

Abriendo un paréntesis porque más adelante trataremos de estos dos artículos (artículos 30 y 53 de la CISG), es importante hacer una breve introducción para un mejor entendimiento. El artículo 30 de la CISG establece:

«El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención».

Como podemos observar, este artículo establece y cita las principales obligaciones del vendedor, pero a parte de que estas obligaciones también son observadas en los contratos de distribución, eso tampoco quiere decir que este artículo únicamente establezca un rol cerrado de obligaciones pertenecientes exclusivamente a los contratos de compraventa puros y que no esté permitido añadir otras obligaciones, ya sea en el contrato de compraventa o en el propio contrato de distribución. Por supuesto que sí se puede. El vendedor está obligado a cumplir las

una compraventa. Por su vez, Noruega informó que en su legislación no existía ninguna disposición expresa aplicable a la situación mixta. Estimó que los contratos de servicios deberían quedar fuera del ámbito de aplicación de Convención (A/CONF.97/C.1/L.11 y L.12).

³¹¹ En este sentido, MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 36; CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *El Convenio de Viena de 11 de Abril de 1980 Como Núcleo en la Regulación de la Compraventa Internacional de Mercaderías*. En: Derecho de los negocios, Vol. 99, 1998, pp. 15-28; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA, «La compraventa internacional de mercancías», en LUIS ALFONSO, CALVO CARAVACA/ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 144.

demás obligaciones que puedan estar previstas en el contrato y cualquier otra obligación que esté establecida, en virtud de los usos y de las prácticas establecidas entre las partes, por ejemplo, el deber contractual de vender exclusivamente al comprador³¹².

Por otro lado, el artículo 53 de la CISG define:

«El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención».

El artículo en cuestión trata de la obligación del comprador de pagar por las mercaderías y recibirlas, nada muy distante de la realidad de los contratos de distribución que se observa la misma obligación, la única diferencia es que esta obligación se presenta de forma continua. Además la CISG no prohíbe la incorporación al contrato de obligaciones diferentes de las que caracterizan el contrato de compraventa.

En el orden de ideas anteriores, hemos visto que uno de los argumentos utilizados por la doctrina que rechaza la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, es precisamente el que estos contratos no se identifican con la compraventa tal y como deriva su definición de los artículos 30 y 53 CISG, sin embargo, como recién acabamos de comprobar este rechazo no posee una fundamentación sólida, una vez que observamos ambas obligaciones presentes en los contratos de distribución.

³¹² Número de la CLOUT 1, Número del caso 2, Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 17 de septiembre de 1991. Este caso el comprador alemán encargó 130 pares de zapatos a un fabricante italiano. El encargo fue bajo a unas especificaciones determinadas, bajo una marca comercial cuya licencia correspondía al comprador. Sin embargo, antes de entregar los zapatos el fabricante exhibió algunos de los pares de zapatos en una feria comercial, lo que fue motivo suficiente para que el comprador se negara a pagar el encargo. El Tribunal de Frankfurt consideró que el fabricante había incurrido en un incumplimiento de la obligación subsidiaria de mantener la exclusiva.

3. CONTRATOS MIXTOS FUSIÓN DE DIVERSOS TIPOS DE OBLIGACIONES –DAR, HACER O NO HACER

Cerrando paréntesis entre los artículos 30 y 53 de la CISG y volviendo al artículo 3 de la CISG, hemos visto que este artículo regula tanto los contratos de compraventa puros, como también los contratos que contienen además de la obligación de dar, obligaciones de hacer o no hacer, y engloba también a los contratos mixtos. ¿Pero cómo y por qué se forman los contratos mixtos?³¹³.

La contratación en general no es tarea fácil de formalizar porque hay muchos intereses contrapuestos en juego, y más si nos situamos en el ámbito comercial que tiene por objetivo el fin económico. Añadiendo a todo esto, el propio escenario económico ofrece infinitudes variadas de tipos de contratación, y debido al abanico de posibilidades de transacciones comerciales, habrá situaciones en las que el marco legal no responda a las necesidades y expectativas de las partes, siendo necesario en algunos casos la fusión de obligaciones de diferentes tipos de contratos para llegar al contrato ideal para las partes³¹⁴.

La base legal utilizada por las partes para crear o modificar los contratos son dos principios que dan respaldo legal a los contratantes: Uno trata el principio de la autonomía de la voluntad³¹⁵ y el otro el principio general de la libertad contractual. Según ellos, las partes tienen libertad para crear y modificar nuevas formas de contratos, puesto que no tienen la obligación de limitarse a los contratos tipos

³¹³ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244. En otras palabras, los contratos mixtos que contienen una fusión de diversos tipos de obligación –dar, hacer o no hacer – también se gobiernan por la Convención de Viena en aplicación de la unicidad de los contratos».

³¹⁴ DÍEZ PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción Teoría del Contrato*. Madrid: Ed. Civitas, 1996, p. 388.

³¹⁵ Sentencia TS de España 58/2013 (Sala 1) de 25 de febrero. «Que una de las manifestaciones de la libre adaptación indicada es la posibilidad de fusión de dos formas contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto, pero que también puede unirse, por la voluntad de los interesados».

preestablecidos por la ley. Bajo esta libertad que gozan las partes, pueden realizar modificaciones, adaptaciones conforme a sus necesidades e intereses económicos, pero otro factor que influirá a la hora de elegir el tipo de contrato es la coyuntura económica en la que se está viviendo en los países es participantes de la operación comercial que reflejará directamente en el tipo de contrato. Básicamente serán estos aspectos los que marcan qué tipo de contrato será más ventajoso para las partes, pero sea cual sea el contrato siempre debe respetar que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público³¹⁶.

Sobre el tema de los contratos mixtos y los principios que los respaldan, hemos observado que la jurisprudencia también ampara sus decisiones con base a los principios de la voluntad de las partes y el principio general de libertad contractual, por ejemplo la sentencia españolas TS 58/2013, Sala 1, de 25 de febrero, se hizo referencia a dos sentencias de la misma sala, (la sentencia STS 21 de abril de 1964 y la sentencia núm. 428/2012 10 de julio de 2012). En conjunto las tres sentencias hacen alusión al principio general de la libertad contractual, que da libertad a las partes a establecer su relación negocial sin la obligación a ajustarse a los contratos preestablecidos por la ley, veamos³¹⁷:

«Para la doctrina científica, y la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS 21 de abril de 1964 y la mas reciente de 10 de julio de 2012, núm. 428/2012), la regla o principio general de la libertad contractual, que preside nuestro artículo 1255 del Código Civil, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar su relación negocial sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes quieran articular por medio de su relación negocial. Este marco de actuación de la autonomía privada, dentro de esta atipicidad contractual, se extiende, por mor de su propia expansión conceptual y lógica, a la facultad de configurar dicha modificación ya en orden a una unidad contractual, o

³¹⁶ En este mismo principio también encontramos en el artículo 1255 del Código Civil – «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

³¹⁷ Sentencia TS 58/2013 (Sala 1) de 25 de febrero.

bien, en relación a un marco complejo de contratos estableciéndose su correspondiente relación causal o interrelación entre los mismos».

Otra sentencia que justifica la existencia de los contratos mixtos es la sentencia de la sala primera del TS de 27 de febrero de 1950, que trata de la posibilidad de fusión de formas contractuales separadas, quedando fundidas en un sólo contrato (mixto). El caso, resumidamente, trata sobre un contrato de arrendamiento con opción a compra, sin embargo, tal contrato fue inscrito como contrato de arrendamiento. La demanda fue presentada solicitando que se reconociera el derecho a compra y se otorgara la escritura correspondiente, y el juzgado estimó la demanda. La audiencia revocó la decisión por considerar que los contratos eran independientes. Ya en sede de recurso de casación el TS consideró la imposibilidad de separar ambos contratos. Como una pequeña muestra de las consideraciones en la sentencias razonando la necesidad de la existencia de los contratos mixtos en el tráfico comercial, veamos: *«Que al pasar de la abstracción de las normas a la realidad social, con formas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos, propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes y a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la ley o por la teoría, a la variedad de necesidad y deseos pueden presentarse en la realidad, responde al artículo 1.255 del CC»*³¹⁸.

Pese ser la más antigua de las sentencias, ahora presentada, es una de la que mejor fundamenta la existencia de los contratos mixtos porque reconoce la necesidad del Derecho a adaptarse al tráfico de bienes y no lo contrario.

Por otro lado, en el ámbito de la compraventa internacional, hay una sentencia que fue proferida antes de la CISG entrara en vigor, y pese a la inexistencia de previsión legal en las Leyes Uniformes de la Haya, ya empezamos a ver las primeras reacciones a los contratos mixtos en la esfera internacional de compraventa, ejemplo de ello es la sentencia del OLG Stuttgart de 26 de mayo de 1978, en la cual los jueces consideraron que las Leyes Uniformes de la Haya resultaban de aplicación

³¹⁸ Anuario de Derecho Civil, año 1951, p. 340.

a los contratos de compraventa internacional con obligación de hacer, desde que la obligación de hacer estuviera en conexión al objeto del contrato³¹⁹.

Como socialmente se seguían perfeccionando los contratos de compraventa internacional con obligación de hacer por parte del vendedor, era evidente la necesidad del amparo jurídico a este tema. Visto la necesidad, los redactores de la Convención de Viena de 1980 introdujeron el artículo 3.2, con la intención de amparar los contratos de compraventa internacional con obligación accesoria de hacer, y por supuesto, amparar a los contratos mixtos³²⁰.

4. TEORÍA DE LA ABSORCIÓN, LA TEORÍA DE LA COMBINACIÓN Y LA TEORÍA DE LA APLICACIÓN POR ANALOGÍA

Como hemos podido observar en el apartado anterior, muchas veces observamos la falta de sincronización entre el contrato que los contratantes celebran –los de la vida real, y los tipos preestablecidos por la ley. En este propósito, podemos observar tres hipótesis más comunes de creación de contratos, que explicaremos a través de la teoría del *efecto de la goma elástica*.

Observamos en la primera hipótesis, que las partes crean un tipo de contrato que en principio se acerca a los moldes y a la función económica-social de un tipo de contrato preestablecido por ley, sin embargo, en un momento dado se separa de él porque son incorporadas cláusulas que no corresponden a dicho tipo contractual *ipsis litteris*. Quedando pues un contrato que fue construido sobre el molde de un tipo contractual preestablecido, pero con obligaciones de otro tipo contractual. No obstante, en esta situación prevalecerá la aplicación de las normas del contrato que fue base para la creación del otro. Es decir, podemos traducir esa práctica como el efecto de una goma elástica aunque en un determinado momento se aleja de su base, volverá a su estado inicial porque prevalecerá el contrato base.

³¹⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 188.

³²⁰ UNCITRAL Yearbook, II, A/CN.9/52, Grupo de Trabajo en la compraventa internacional: Informe sobre o segundo período de Sesión, 7-18 de diciembre de 1970.

Por el contrario, la segunda hipótesis, y continuando con el ejemplo del efecto de la *goma elástica* en los contratos, observamos que las partes llegan a crear tipos de contratos nuevos y eso se da cuando los contratos se separan completamente de los tipos preestablecidos por la ley. O sea, los contratantes aunque empezaron sobre una base de un contrato ya disciplinado por la ley, se alejaron de tal forma que la *goma elástica* se rompe creando una nueva tipología contractual, es decir, la práctica creó una figura contractual absolutamente atípica.

Y por fin, la tercera hipótesis, es la intermedia porque se sitúa justo entre las dos hipótesis que acabamos de tratar. Son aquellos contratos en que, dentro de un único contrato confluyen obligaciones que pertenecen a tipos de contratos diferentes. Dentro de esta categoría están los contratos mixtos, contratos coligados y contratos complejos.

Tal dinámica es perfectamente reconocida en los contratos de distribución, que al principio para su formación se aproxima a los contratos de compraventa, puesto que es la columna vertebral del contrato de distribución, pero en un momento dado se aleja del contrato de compraventa porque incorpora ciertas cláusulas que no son propias de este tipo de contrato. Se puede identificar en los contratos mixtos – contrato de distribución la identidad de cada contrato, es decir el contrato de compraventa y el contrato de distribución. Pese a que se observa la identidad de cada contrato, lo cierto es que sólo hay un negocio jurídico con una única unidad económica, puesto que cumple una unidad de interés y de función, y por consiguiente se entiende que existe apenas un único contrato³²¹.

Para determinar la norma aplicable en estas situaciones la doctrina formuló tres teorías³²²: La *teoría de la absorción*, la *teoría de la combinación* y la última la *teoría de la aplicación por analogía*.

³²¹ Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 391 y ss.

³²² PUYALTO FRANCO, MARÍA JOSÉ, *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, p.108; Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 391 y ss; SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, *Curso de Derecho Civil II*, 5ª Ed., Valencia, 2008, p. 156

Según la *teoría de la absorción* debe buscarse dentro del contrato atípico la obligación que destaque, que probablemente corresponderá a una obligación característica de un contrato típico, y una vez identificada la obligación se aplicará en la totalidad del contrato atípico las normas del contrato típico al que pertenezca la obligación principal.

Según la *teoría de la combinación* que la hipótesis de un contrato atípico se mezclen prestaciones de varios contratos se aplican a cada una de ellas las normas de los contratos típicos del que corresponden.

Y por último, a través de la *teoría de la aplicación analógica*, la normativa que se aplicará al contrato atípico será la norma del contrato típico con el que guarde mayor similitud. La doctrina³²³ y las normas del Marco Común Europeo de Referencia acogen como norma general para los contratos mixtos la *teoría de la combinación*³²⁴.

Después de lo anteriormente expuesto, llegamos a la conclusión que las tres teorías presentadas utilizan para encontrar cuál es la norma aplicada a los contratos mixtos la misma filosofía, es decir, siempre se busca el elemento –obligación principal del contrato que haga parte del contratos típicos, y en el caso de los contratos atípicos, se busca la obligación principal que más tenga atracción con otra prestación de un contrato típico. Y es exactamente lo que en la doctrina vienesa la prof. PILAR PERALES llama de vis expansiva de las obligaciones que derivan de la compraventa y, consecuentemente, la fuerza atractiva de la CISG³²⁵.

³²³ Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 392.

³²⁴ PUYALTO FRANCO, MARÍA JOSÉ, *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, p.108

³²⁵ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGU SÁNCHEZ (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

Con eso queremos definir que nuestro argumento para la aplicación de la CISG a los contratos de distribución sigue la misma dinámica porque veamos: Tenemos un contrato de distribución (contrato mixto atípico), donde se observan obligaciones como compraventa, pacto de exclusiva, obligaciones de confidencialidad, respecto a los derechos de propiedad industrial, etc., aplicando la *teoría de la combinación*, ¿Cuál es el elemento principal del contrato? Entendemos que el elemento principal dentro del contrato de distribución es la compraventa porque sin ella todas las demás obligaciones (accesorias) perderían su sentido de existir.

5. APROXIMACIÓN DEL ARTÍCULO 3.2 DE LA CISG A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Con base a las consideraciones anteriores y haciendo una breve radiografía de los contratos de distribución: Entendemos que la obligación base de los contratos de distribución es la compraventa, pero con obligaciones accesorias de hacer o no hacer propias de este tipo de contrato. Sin embargo, si situáramos en una escala de comparación entre las obligaciones propias de compraventa y las del contrato de distribución, para saber cuál es la obligación más importante del contrato de distribución, llegaríamos a la conclusión de que las obligaciones no son ni más ni menos importantes que la compraventa, apenas se complementan y funcionan perfectamente juntas. Pero lo cierto es que las obligaciones accesorias de los contratos de distribución dependen y existen en función de la compraventa de mercaderías³²⁶.

Veamos: ¿Qué función tendría la obligación de la venta exclusiva en una determinada zona sin la compraventa? ¿De qué serviría la obligación de hacer el marketing del producto sin la compraventa? ¿De qué serviría la obligación de respetar los derechos de propiedad industrial e intelectual sin la compraventa?. Por

³²⁶ En este sentido la Sentencia Federal District Court ,New York de 21 de julio de 1997. (*Helen Kaminski v. Marketing Australian Products*), «Contrato de Distribución puede ser caracterizado como un contrato para la venta de bienes - es decir, que contenía términos definidos para los productos incluidos».

más que la doctrina quiera decir que la estrella del contrato de distribución es la colaboración que existe entre fabricante y distribuidor. La verdad es que todas las obligaciones giran en torno de la compraventa de las mercaderías y sin la compraventa no hay distribución y por consiguiente, si no hay compraventa de mercaderías todas las obligaciones conexas pierden su sentido de existir.

En este sentido, y a pesar de que el contrato de distribución posee obligaciones accesorias no verificadas en un contrato puro de compraventa, tal elemento no debe evitar la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, ya que los beneficios que la CISG puede aportar a los contratantes, como por ejemplo la seguridad jurídica, es superior a los posibles impases jurídicos. Entendemos que la aplicación principal de la CISG está destinada a los contratos de compraventa, sea para los contratos de compraventa puros, mixtos o para los contratos de compraventa que hacen parte del contrato de distribución. No obstante, estamos delante de un contrato atípico, que carece de regulación y que la compraventa de mercancías constituye el centro de gravedad del contrato de distribución, siendo así, la compraventa es el elemento dominante de la relación, por eso defendemos que cabe la posibilidad de aplicación de la CISG a este tipo de contrato. Añadiendo a las razones anteriormente descritas³²⁷, además, el artículo 3.2 fue creado exclusivamente para atender a los contratos de compraventa con obligación de hacer, que se trata de una matriz que responde perfectamente a los contratos de distribución³²⁸.

Sin embargo, la importancia del análisis del caso concreto es primordial porque será tarea de los árbitros y jueces analizar y verificar si las obligaciones accesorias establecidas por las partes pueden ser tratadas por la CISG o no³²⁹. Pese a que normalmente sí se puede, es fundamental el análisis del contrato de distribución

³²⁷ Vid. pp. 128 de este trabajo.

³²⁸ PÉREZ PEREIRA, MARÍA. «Contratos de Distribución entre teoría y realidad», En: *Estudio sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1651-1666.

³²⁹ KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *Sphere of application and general provisions*. Comentado por LOUKAS MISTELIS, artículo 1, C.H.Beck·Hart·Nomos, Múnich, 2011, p. 28. «...sometimes what is relevant is the nature of the contract, and in other cases the nature of the goods sold».

porque este tipo de contrato cubre muchas y muy variadas relaciones comerciales en el contrato internacional³³⁰, siendo cada contrato de distribución único.

Entonces, para la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, debemos observar las circunstancias del caso concreto y verificar si ellas nos conducen a la aplicación de la CISG porque podemos encontrar diversos tipos y definiciones legales, jurisprudenciales o doctrinales sobre el contrato de distribución. En este sentido, en el Reglamento de Roma I, por ejemplo, los incluye dentro de los contratos de servicio³³¹.

Entonces, debido a que los contratos de distribución pueden presentarse en modalidades variadas, entendemos que la aplicación de la CISG no deba ser inconsciente, pero tampoco debe ser rechazada automáticamente debido a su peculiaridad. Siendo necesario averiguar el caso concreto para saber si estamos delante de un contrato de distribución que tiene como obligación principal -el contrato de compraventa de mercaderías internacional - o si estamos delante de un contrato de distribución esencialmente de servicios. Tal averiguación aumenta aun más su importancia cuando la CISG prever en el artículo 73.1 la aplicación de la Convención a contratos de compraventa con entregas sucesivas. Y también cuando la jurisprudencia señala que todos los contratos de venta celebrados en ejecución y aplicación del acuerdo de distribución pueden y deben regirse por el CISG³³². Lo

³³⁰ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS/R. ARENAS/ DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., 2009, p. 513.

³³¹ Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008. El Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales entró en vigor para España el 1 de septiembre de 1993. Esta norma establece las normas para toda la Unión Europea que la legislación nacional deberá aplicar a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil que afecten a más de un país. Por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de «prestación de servicios» y de «venta de mercaderías» deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) N.º 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento. Aunque los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas.

³³² Número del caso 295, número de la CLOUT 27, Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 5 de noviembre de 1997. Se trata de un contrato de distribución, pero el Tribunal aplicó la CISG. En este sentido, el Tribunal de apelación, al que recurrió el comprador, entendió que, de conformidad con el artículo 1.1) a) de la CISG, ésta era aplicable a los contratos de compraventa pese al acuerdo de distribución subyacente que existía entre las partes. El Tribunal entendió que cada uno de los contratos de compraventa debía considerarse independientemente del acuerdo de distribución. En este mismo sentido: Número del caso 273, número de la CLOUT número 26, Oberlandesgericht München, Alemania, 9 de julio de 1997; Número del caso 169, número de la CLOUT 12, OLG Düsseldorf, Alemania, 11 julio 1996; Número del caso 204, número de la CLOUT, Tribunal de Cour d' appel de Grenoble, Francia, 11 de julio de 1996;

mismo ocurre con los contratos de compraventa internacional de mercaderías celebrados dentro del contrato de franquicia³³³.

III. LÍMITES IMPUESTOS POR LA CISG A LAS OBLIGACIONES DE HACER O NO HACER

Como ya hemos visto anteriormente, la CISG usa como regulador para clasificar cuáles son los contratos mixtos que estarán sujetos por la CISG y cuales no, las expresiones: *parte principal* y *parte sustancial*, para de cierta forma regular la aplicación de la ley uniforme a los contratos mixtos, que no tengan un vínculo estrecho con la compraventa o si lo tienen, que las obligaciones de servicios no tengan más protagonismo que el contrato de compraventa, ya que como es lógico la CISG busca mantener su esencia de aplicación a los contratos que de compraventa o que tengan como base la compraventa.

En este sentido, la CISG utiliza como sistema de clasificación la averiguación del nivel de aportación de las obligaciones, es decir, para que la CISG sea aplicada a los contratos mixtos, y por consiguiente a los contratos de distribución, las prestaciones de proporcionar mano de obra y/o prestar servicios adicionales, no pueden traspasar la barrera de suministrar la *parte principal* del contrato, conforme al artículo 3.2 de la CISG. Sin embargo, si leemos un poco más allá entenderemos que proporcionar servicios o mano de obra se traduce en adquirir

Número del caso 281, Caso CLOUT 26, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993; Sentencia del Tribunal I.C.C. International Court of Arbitration, 01 de diciembre de 1998; Sentencia del Tribunal I.C.C. International Court of Arbitration, 23 de enero de 1997.

³³³ KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *Sphere of application and general provisions*. Comentado por LOUKAS MISTELIS, artículo 1, C.H.Beck-Hart-Nomos, Múnich, 2011, p. 30. «It is also accepted in case law that franchising agreements also fall outside the substantive sphere of application of the CISG: franchising agreements contain many additional feature, such as a license to use a trademark, know-how of the organization and running of business, all of which are significant and distinct from rights and duties under a sale contract. However, if under a franchise contract there are several contracts for the international sale of goods between the parties of the franchise contracts should be governed by the CISG».

más o menos obligaciones (accesorias), distintas de las obligaciones de la compraventa pura³³⁴.

Lo mismo observamos en los contratos de distribución, donde encontramos obligaciones adicionales, diferentes a las que caracterizan a los contratos de compraventa pura, como por ejemplo la obligación de exclusividad, de fomentar el marketing del producto que será distribuido, el deber de cumplir con las obligaciones relacionadas con los derechos de la propiedad industrial e intelectual, etc. Lo importante es que estas obligaciones no superen a la obligación principal del contrato, que en el caso es la compraventa, no impidiendo así la aplicación de la CISG a los contratos de distribución³³⁵. Es decir, en caso de demanda por incumplimiento, sea por el incumplimiento del acuerdo de exclusividad, o por incumplimiento de los derechos de la propiedad industrial e intelectual, la demanda se ampara no en la misma violación de las normas del acuerdo de exclusividad, por ejemplo, pero en el hecho de que se asumió la obligación contractual de no incurrir

³³⁴ Véase número del caso 325, caso CLOUT 31, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 8 de abril de 1999, el caso se trata de la compraventa de molinos de viento para la distribución en exclusiva. El vendedor demandó al comprador porque este no pagó por las mercaderías. El comprador alegó la incompetencia del Tribunal. Sin embargo, el Tribunal se declaró competente en virtud del artículo 5 (1) de la Convención Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la jurisdicción se basa en el lugar de cumplimiento de la obligación de que se trata. Sobre el tema el Tribunal declaró que los contratos de distribución son los acuerdos marco, y que los acuerdos de venta individuales asumidos en el marco del acuerdo de distribución se incluye en el ámbito de la CISG. El Tribunal también rechazó el argumento del comprador que la CISG no era aplicable en el presente caso debido a que la principal obligación contractual del vendedor había sido la prestación de servicios. Sobre este tema, el Tribunal señaló que ni el acuerdo de las partes, ni las facturas del vendedor para las entregas individuales contenían estipulaciones en cuanto a la prestación de servicios. El Tribunal llegó a este entendimiento argumentando que los acuerdos de venta no podían ser clasificados como acuerdos de servicios únicamente porque los costes de ingeniería para el desarrollo de las unidades fueron más altos que el valor de las materias primas y semi-manufacturados utilizados. En consecuencia, el hecho de que el valor de las unidades era mucho más alto que el precio de los materiales utilizados para su producción, no se opone a la aplicación de la CISG. El Tribunal determinó brillantemente que sólo en el caso de que el comprador suministrara los materiales necesarios para la fabricación de productos que son superiores en valor que los materiales suministrados por el vendedor, la CISG no sería aplicada conforme el párrafo (2) del artículo 3.

³³⁵ En caso muy interesante es el caso número 201, caso CLOUT 14, Tribunal Richteramt Laufen des Kantons Bern, Suiza, 7 de mayo de 1993. El demandante finlandés, fabricante de sistemas de almacenamiento automático, pactó con el demandado suizo, una empresa de trabajos con metal, algunos acuerdos-obligaciones distintas de las encontradas en los contratos de compraventa como, por ejemplo, un acuerdo de no revelación, un acuerdo de licencia y diversos contratos, para el suministro de mercaderías que iban a manufacturarse. En 1992 el demandante presentó una demanda contra el comprador por no haber cumplido con el pago total. El Tribunal entendió que las partes habían acordado contratos para el suministro de mercaderías que iban a ser manufacturadas y que, por lo tanto, se podían considerar como ventas con arreglo al artículo 3 (1) de la CISG puesto que, aun que el demandado tenía que prestar una serie de servicios diferentes, esas obligaciones no eran parte principal de las transacciones según el artículo 3 (2) de la CISG. El Tribunal consideró que la CISG era aplicable al caso.

en tal violación y en este sentido la CISG está debidamente preparada con sus remedios y acciones para los casos de incumplimiento.

Bien es verdad, que se puede argumentar que tales incumplimientos no son incumplimientos contractuales de obligación específica de la compraventa, es importante indicar que la CISG no limita su aplicación a determinadas obligaciones. Por el contrario, la CISG establece de forma expresa los supuestos a los cuales no son aplicables, lo que sin duda representa una exclusión taxativa. Además, la CISG establece expresamente que regula los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador provenientes del contrato, sin apuntar si son obligaciones y derechos originarios de un contrato de compraventa o de un contrato de distribución.

Por otro lado, la Convención no tiene una definición expresa de lo que debemos entender por contrato de compraventa. Tan poco hay una definición de lo que es obligación principal u obligación accesoria, pero la inexistencia de una lista cerrada de obligaciones no quiere decir que las partes no pueda acordar, sea expresa o implícitamente, obligaciones adicionales a aquellas ya establecidas en los artículo 30, 35 y 53 de la CISG.

Para esto, la CISG utilizó una frontera para diferenciar un contrato de prestación de servicios de un contrato de compraventa (artículo 3.2 de la CISG), aunque en algunas ocasiones podemos observar ambas prestaciones en el mismo contrato. Tal limitación es bastante acertada, ya que si el comprador tiene intención de encargar más prestaciones de servicio del que compra de mercadería, ese contrato se caracteriza por ser un contrato de servicio y en contra partida acepta como contrato de compraventa aquellos acuerdos en que además de comprar, también permite la contratación de un servicio, desde que los servicios contratados no superen los límites de la *parte principal* - la compraventa.

Debido a la importancia del significado *parte principal* para la presente investigación, enfocaremos en ellos las próximas páginas³³⁶.

³³⁶ Caso CISG-online 1827, Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara Federación Rusia de Comercio e Industria, Rusia, 5 de marzo de 1998: En este caso fue las partes habían denominado su contrato de «Contrato de compraventa de mercaderías con pago a plazos», pero a pesar del nombre nos llevar a pensar que se trata de un contrato de compraventa puro, este acuerdo también contenía

1. *PORTE PRINCIPAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA*

El párrafo (2) del artículo 3 de la CISG señala que se aplicará la Convención a aquellos contratos en los cuales se observe la existencia, por parte del vendedor, de la obligación de además de proporcionar las mercaderías, la de suministrar mano de obra y/o prestar otros servicios, poniendo como condicional, que tal prestación accesoria no exceda a la *parte principal* del contrato³³⁷.

Pero, ¿Qué baremos podemos emplear para valorar e indicar de forma justa, cuál es la *parte principal* y la parte accesoria en el contrato?.

El artículo en cuestión, trata de un punto bastante importante para justificar la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, ya que entrando en el análisis particularizado del significado de *parte principal* para la CISG, nos situaremos delante de la posibilidad de aplicación o no del Convenio de Viena de 1980 a los contratos de distribución. Para eso, es necesario que ocurra la situación que en un contrato de distribución, además del suministro de mercaderías también exista la realización de trabajos suplementarios u otros servicios, que no sean las típicas obligaciones del contrato de compraventa para la complementación de la obligación principal³³⁸.

La descripción del supuesto no es particularmente problemática, pero la cuestión es de espinosa resolución porque radica en la precisión de los criterios para la medición de la relevancia de cada una de las prestaciones contractuales, es decir,

disposiciones como el servicio de *marketing*, pago de las mercaderías a su reventa, regreso de las mercaderías que no fueron vendidas, disposiciones relativa al almacén. El Tribunal consideró Con base en lo anterior, el Tribunal no puede reconocer el contrato entre las partes como un contrato para la venta internacional de mercancías . El Tribunal considera que la naturaleza jurídica del contrato es uno de tipo mixto, y por lo tanto las relaciones contractuales en virtud de que no están regulados por la CISG.

³³⁷ Artículo 3.2 CISG: «La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

³³⁸ Se evidencia como el concepto clave es el de la parte principal. ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL Y PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *Derecho Mercantil Internacional, El Derecho Uniforme*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, p. 99.

el artículo 3 (2) de la CISG plantea la cuestión de la apreciación de importancia de las prestaciones que llevan a cabo el comprador o el vendedor³³⁹.

2. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DE LA CISG

Referente a la forma de determinar cuál es la parte principal en un contrato, encontramos en la doctrina diversas modalidades de cómo determinarla. Sin embargo³⁴⁰, entendemos que para evaluar el significado de la expresión *parte principal* del contrato, debemos en primer lugar, hacer uso del artículo 8 de la CISG, pues es él responsable dentro de la Convención de interpretar los comportamientos-intenciones de las partes³⁴¹, y será con base a este artículo que se puede verificar si las partes tenían la intención de dar más importancia a una u otra prestación³⁴².

En este sentido, el artículo 8 de la CISG tiene la función de regular la interpretación de las declaraciones y otros actos realizados por las partes en un contrato de compraventa mixto sujeto a la Convención. Resulta oportuno indicar, que

³³⁹ Número del caso 379, número de la CLOUT 34, Corte di Cassazione, sez.un., Italia, 14 de diciembre de 1999. El caso se trataba de la celebración de un acuerdo relativo a la venta y distribución de mercaderías. El Tribunal Supremo confirmó la jurisdicción de los Tribunales italianos con arreglo al artículo 5 1) del Convenio de Bruselas y el artículo 4 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales aplicando el artículo 57 1) a) de la CISG. En consecuencia, la decisión se basó en el supuesto de que la CISG se aplica no solamente a las ventas, sino también a los acuerdos de distribución, siempre y cuando se los pueda considerar cláusulas accesorias a un acuerdo de venta.

³⁴⁰ Véase número del caso 430, número de la CLOUT 37, Oberlandesgericht München, Alemania, 3 de diciembre de 1999.

³⁴¹ MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Ed. Colmares, Granada, 2004, p. 285; GARRO, ALEJANDRO MIGUEL Y ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990, p. 75.

³⁴² Véase el caso número 325, caso CLOUT 31, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 8 de abril de 1999, el caso se trata de la compraventa de molinos de viento para la distribución en exclusiva. En este caso, el comprador argumentó que la CISG no era aplicable en el presente caso debido a que la principal obligación contractual del vendedor había sido la prestación de servicios. Sobre este tema, el Tribunal declaró que ni el acuerdo de las partes, ni las facturas del vendedor para las entregas individuales contenían estipulaciones en cuanto a la prestación de servicios, caracterizando pues la falta de voluntad de las partes de concluir tal tipo de contrato.

cuando el artículo 8 es aplicado, excluye la aplicación de los principios internos, ya que este artículo engloba en gran medida la cuestión de la interpretación³⁴³.

Por lo tanto, para llegar a la conclusión de si las partes han valorado más una prestación que la otra, es necesario analizar el objeto específico de la interpretación, que son todas aquellas declaraciones y actos referentes a las fases que un contrato de compraventa pueda tener, desde el proceso de formación del contrato, pasando por la ejecución hasta su resolución, es decir, se verifica todos los actos de las fases relevantes del contrato³⁴⁴. Así, con ese análisis podemos llegar a la interpretación de la voluntad de las partes.

Es conveniente puntualizar, que en el caso de las partes desearan excluir la aplicación de la CISG, se recomienda que la exclusión se haga de forma expresa, porque sigue siendo necesario que la voluntad de las partes sea cierta y determinada, ya que en la falta de exclusión y en caso de duda con relación a la voluntad de las partes, la aplicabilidad de la Convención debe prevalecer, como mínimo en los contratos de compraventa dentro de los contratos de distribución. Por lo tanto, en determinadas situaciones la aplicación de la CISG no está sujeta a la voluntad de las partes, en verdad lo que está disponible a la voluntad de las partes, es el poder de decisión que las partes tienen de exclusión voluntaria de la CISG y no de aplicar la CISG³⁴⁵. Bien es verdad, que esa libertad «controlada» solo está aplicada a los Estados signatarios de la Convención, ya que en caso contrario los Estados gozan de amplia libertad, sea de aplicarla o de excluirla.

³⁴³ Debemos aclarar que existen dos tipos distintos de interpretación dentro de la Convención de Viena. Una es la interpretación que se hace de la propia ley uniforme, y la otra, es la interpretación que se hace del comportamiento de las partes, y básicamente esa es la diferencia entre el artículo 7 y 8 (el artículo 8 está destinado a la interpretación del comportamiento de las partes). Referente a los destinatarios del artículo 7.1 de la CISG, este no tiene como receptores a las partes de un contrato (vendedor y comprador) a pesar de estar contenida en una parte de la Convención de Viena, sino que tiene como destinatarios, exclusivos, los jueces y árbitros, que son por lo tanto, los órganos responsables de la interpretación de la Convención y de la toma de decisión basada en ella, y de ahí se puede concluir el nivel de importancia y responsabilidad que tiene el artículo 7 de la CISG.

³⁴⁴ Sin embargo, el artículo 8 regula no solo la interpretación de los actos unilaterales de cada una de las partes, sino que es también aplicable a la interpretación del contrato. En materia de jurisprudencia, véanse Tribunal de Apelación de Helsinki, Finlandia, 31 de mayo de 2004; el caso CLOUT número 877, Bundesgericht, Suiza, 22 de diciembre de 2000: En aplicación del artículo 8 de la Convención de Viena, el Tribunal llegó a la conclusión de que, en este caso, el demandante tenía conocimientos profesionales sobre el particular y sabía que la oferta no se refería a una máquina nueva.

³⁴⁵ En el mismo sentido, el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, laudo número 9781/2000. (cisgw3.law.pace.edu/cases/009781i1.html).

Retomando el contenido del artículo 8 de la CISG, éste no sólo regula los actos y declaraciones, sino que también regula la interpretación del propio contrato, puesto que la Convención exige que la interpretación del contrato sea realizada dentro de un contexto global, con lo cual, las declaraciones y otros actos deben de ser interpretados como parte integrante del mismo³⁴⁶.

El artículo 8 de la CISG está compuesto de tres párrafos que establecen criterios de interpretación sobre actos y declaraciones de las partes, y en ellos se observa claramente una jerarquía en su aplicación. En primer lugar debe recurrirse a los que se establecen en el párrafo (1), y sólo en los casos en los cuales el párrafo precedente no sea aplicado, se recurrirá a los párrafos siguientes.

Referente al párrafo (1) del artículo 8, este se fundamenta en dos perspectivas; una subjetiva y otra objetiva, es decir, la interpretación puede ser establecida no sólo de acuerdo con el contrato propiamente dicho, sino que se debe tener en consideración las intenciones que las partes tenían en el momento.³⁴⁷

³⁴⁶ El los documentos Oficiales de 1980 también está reflejado: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo – 11 de abril de 1980, Documentos Oficiales, Documentos de la Conferencia y Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de las Comisiones Principales, 1981, p. 19.

³⁴⁷ Vid. Número del caso 911, número de la CLOUT 90, Corte de justicia de Génova, Suiza, 12 de mayo de 2006; Número del caso 429, número de la CLOUT 37, Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 30 de agosto de 2000: De conformidad con el artículo 8 de la Convención de Viena, las declaraciones de una parte no deben interpretarse conforme a su intención subjetiva sino en función de su significado objetivo, a saber, el sentido que le habría dado un receptor razonable; Número del caso 222, número de la CLOUT 18, U.S. Court of Appeals, Eleventh Circuit, Estados Unidos de América, 29 de junio de 1998; Número del caso 844, número de la CLOUT 83, U.S. District Court, Kansas, Estados Unidos de América, 28 de septiembre de 2007: El Tribunal rechazó el argumento del agente de que su intención subjetiva obligaba a las partes en virtud del artículo 8 (1) de la Convención de Viena. Llegó a la conclusión de que, si bien el agente había presentado pruebas de que subjetivamente no tenía intención de concertar un contrato de compraventa directo con el fabricante, no había presentado pruebas de que el fabricante había «conocido» o no había «podido ignorar» esa intención, tal y como requería el artículo 8 (1); Número del caso 578, número de la CLOUT 51, U.S. District Court, Western District of Michigan, Estados Unidos de América, 17 de diciembre de 2001. En respuesta al argumento de que el territorio abarcado por el acuerdo de no competencia no estaba suficientemente definido, el Tribunal aplicó las disposiciones de la Convención acerca del significado de las declaraciones de las partes (artículo 8 de la Convención de Viena); En el mismo sentido caso Número del caso 617, número de la CLOUT 55, U.S. District Court, Northern District of California, Estados Unidos de América, 30 de enero de 2001; Número del caso 931, número de la CLOUT 93, Federal Court, Suiza, 12 de julio de 2007. Según algunos Tribunales, el párrafo (1) del artículo 8 permite una indagación sustancial de la intención «subjetiva» y «real» de las partes, «aun cuando las partes no empleen ningún medio susceptible de verificación objetiva para registrar la intención», CNUDMI Compendio de jurisprudencia relativas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016. En este mismo sentido la jurisprudencia. Es decir, según la jurisprudencia carece de valor las expresiones subjetivas que no existan manifestación expresa, es decir, la intención que no fue

En estas líneas, el párrafo (1) admite una averiguación de los actos de forma subjetiva-conforme a su intención, pero siempre y cuando la otra parte haya reconocido la intención o no haya podido ignorar el hecho. No obstante, el problema se encuentra en la averiguación de la intención subjetiva, ya que probar la intención subjetiva de las partes no siempre es tarea fácil de concluir, además muchas veces no se presentará una situación en que las partes asuman la verdadera intención subjetiva³⁴⁸. Esta falta de compromiso se agrava en el momento que las partes estén atravesando por un procedimiento arbitral o judicial³⁴⁹.

En una situación de disputa, para una mejor interpretación, los jueces y árbitros deben llevar en consideración además del contrato, todos los correos electrónicos y demás textos intercambiados por las partes, por ejemplo las negociaciones sobre la oferta, la contraoferta, la aceptación, el rechazo de la oferta, etc. Conjuntamente a eso, se debe dar importancia a las negociaciones previas, y a los actos posteriores de las partes porque pueden señalar el verdadero sentido que atribuían a las declaraciones. Y por ende, la intención puede ser averiguada sobre la base de los intereses de las partes, como también la finalidad del contrato y las circunstancias objetivas en el momento de su celebración³⁵⁰.

Con relación al párrafo (2), diferentemente del párrafo (1), sigue una línea más objetiva, aunque se ubica en la segunda posición en jerarquía de aplicación. Este párrafo es sumamente utilizado para resolver las controversias, siempre haciendo uso de la interpretación en el sentido objetivo³⁵¹. Así que, cuando no es posible utilizar la

exteriorizada carece de valor

³⁴⁸ Cuando una parte declara que el párrafo (1) del artículo 8 es aplicable, esta parte deberá probar que la otra parte conocía o no podía haber ignorado la intención de esa parte. Número del caso 215, número de la CLOUT 18, Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997; Número del caso 222, número de la CLOUT 18, U.S. Court of Appeals, Eleventh Circuit, Estados Unidos de América, 29 de junio de 1998.

³⁴⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Landgericht Hamburg, Alemania, 26 de septiembre de 1990; Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, Suiza, 8 de noviembre de 2006, se puede consultar en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/061108s1.html.

³⁵⁰ En este sentido la jurisprudencia Número del caso 932, número de la CLOUT 93, Obergericht des Kantons Thurgau, Suiza, 12 de diciembre de 2006.

³⁵¹ Véase número del caso 607, número de la CLOUT 55, Oberlandesgericht Köln, Alemania, 16 de julio de 2001, «Aunque las partes habían convenido en una entrega, el Tribunal estimó que no eran suficientes las razones para inferir la intención subjetiva de las partes con arreglo a los criterios establecidos en el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención de Viena. A continuación, el Tribunal recurrió a los criterios

interpretación subjetiva, se pasa a analizar de forma objetiva, tal y como se presenta el párrafo (2) del artículo 8 de la CISG. Para esto, el criterio utilizado para la interpretación de las declaraciones y otros actos de las partes, es la misma comprensión que le habría dado, una persona razonable de la misma condición que la otra parte y en la misma circunstancia³⁵². Este criterio se ha aplicado en un número considerable de casos³⁵³.

Por último, el párrafo (3) establece las reglas de interpretación que son aplicadas según el comportamiento de las partes. Para una interpretación completa se deben valorar las prácticas preestablecidas entre ellas, de cómo han sucedido las negociaciones, los usos y costumbres aplicadas por ellas³⁵⁴. Haciendo un análisis en

objetivos previstos en el párrafo 2 del artículo 8 de la Convención de Viena, según el cual las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte»; Número del caso 541, número de la CLOUT 47, Oberster Gerichtshof, Austria, 14 de enero de 2002.

³⁵² Número del caso 828, número de la CLOUT 81, Gerechthshof 's-Hertogenbosch, Países Bajos, 2 de enero de 2007; Número del caso 777, número de la CLOUT 74, U.S. Court of Appeals, Eleventh Circuit, Estados Unidos de América, 12 de septiembre de 2006; Número del caso 553, número de la CLOUT 48, Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, España, 28 de abril de 2004; Número del caso 890, número de la CLOUT 88, Tribunale d'appello del Cantone Ticino, Seconda Camera civile, Lugano, Suiza, 29 de octubre de 2003 Número del caso 308, número de la CLOUT 28, Federal Court of Australia, Australia, 28 de abril de 1995. El Tribunal decidió que la cuestión de si el contrato contenía una cláusula de reserva de dominio era una cuestión de hecho que debía determinarse sobre la base de los artículos 8.

³⁵³ Número del caso 429, número de la CLOUT 37, Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 30 de agosto de 2000; caso CLOUT número 607, Oberlandesgericht Köln, 16 de julio de 2001; Número del caso 270, número de la CLOUT 26, Bundesgerichtshof, Alemania, 25 de noviembre de 1998; CLOUT número 215, Bezirksgericht St., Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997; caso CLOUT número 106, Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994; caso CLOUT número 308, Federal Court of Australia, Australia, 28 de abril de 1995; caso CLOUT número 273, Oberlandesgericht München, Alemania, 9 de julio de 1997; caso CLOUT número 166, Arbitraje Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 de marzo, 21 de junio de 1996; caso CLOUT número 844, U.S. District Court, Kansas, Estados Unidos de América, 28 de septiembre de 2007; caso CLOUT número 911, Cour de justice de Genève, Suiza, 12 de mayo de 2006; Caso CLOUT número 251, Tribunal de arbitraje des cantons suisses, Suiza, 30 de noviembre de 1998; número del caso 169, número de la CLOUT 11, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995; Caso CLOUT número 541, Oberster Gerichtshof, Austria, 14 de enero de 2002; caso CLOUT número 409, Landgericht Kassel, Alemania, 15 de febrero de 1996; caso CLOUT 317, Oberlandesgericht Karlsruhe; Alemania, 20 de noviembre de 1992; caso CLOUT número 931, Bundesgericht, Suiza, 5 de abril de 2005; caso CLOUT número 828, Gerechthshof 's-Hertogenbosch, Países Bajos, 2 de enero de 2007; caso CLOUT número 932, Obergericht des Kantons Thurgau, Suiza, 12 de diciembre de 2006; el caso CLOUT número 885, Bundesgericht, Suiza, 13 de noviembre de 2003.

³⁵⁴ Número del caso 346, número de la CLOUT 32, Landgericht Mainz, Alemania, 26 de noviembre de 1998, el Tribunal estimó que en el presente caso no era admisible comparar el valor de cada obligación cumplida para llegar a la conclusión de cuál obligación era la principal, o sea si la parte preponderante de las obligaciones del vendedor consistía en la compra del cilindro para la producción de seda o la prestación de los servicios. Para eso, el Tribunal llevó en consideración la finalidad del contrato y las circunstancias de su celebración y llegó a la conclusión de que, en virtud del acuerdo, la venta del cilindro era el objeto principal del contrato. Las obligaciones accesorias, que representaban servicios, como el diseño de la máquina, debían considerarse parte de la obligación de suministrar el producto final. El

conjunto con todos esos elementos, más el contrato en sí, la probabilidad que los árbitros y jueces se equivoquen disminuye considerablemente³⁵⁵. Por ejemplo, en el caso de un contrato de compraventa mixto, si la intención de los contratantes fue pactar una o varias compraventas con obligaciones accesorias, en este caso la CISG será aplicada.

3. CRITERIO SUBJETIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL GRADO DE IMPORTANCIA DE CADA PRESTACIÓN - ARTÍCULO 9 DE LA CISG

En los casos en los cuales no se llegue a un resultado concluyente, de si las partes tenían la intención de perfeccionar el contrato o no, mismo sin establecer el precio, se hará uso del artículo 8 de la CISG, pasando, pues, a la aplicación del criterio subjetivo de reconocimiento de cuál es la prestación más esencial (importante) en el contrato³⁵⁶, es decir, debemos identificar cuáles son las obligaciones principales y las obligaciones accesorias, ya que la CISG establece como criterio determinante de aplicabilidad a los contratos mixtos, que la obligación principal del contrato sea la compraventa³⁵⁷. Para determinarla, también podremos utilizar el criterio de los *usos* y las *prácticas* reconocidas y establecidas en el mercado internacional³⁵⁸.

Tribunal, también consideró, los otros aspectos del cumplimiento del contrato, como la instalación, la asistencia, el transporte y otros servicios previstos por el acuerdo, eran secundarios.

³⁵⁵ En este sentido, sentencia de la Corte de Apelación de Grenoble, 22 de febrero 1995, en relación al destino de las mercaderías. Página web: www.uncitral.org.

³⁵⁶ La corriente minoritaria defiende que la utilización del criterio subjetivo cualitativo: CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, «La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías», Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, Sevilla, 2000, p. 92.

³⁵⁷ HANCOCK, WILLIAM A., Guide to the International sale of goods convention, Business Laws, Inc., Chesterland, OH, 1986, pp. 103.101, y CHEESEMAM, HERY R., Business Law. The Legal, Ethical and International Environment, 2º ed., Pretice Hall, New Jersey, 1995.

³⁵⁸ En este mismo sentido en caso CLOUT número 430, Oberlandesgericht München, Alemania, 3 de diciembre de 1999, la decisión se refiere a ambos párrafos del artículo 3 de la CISG, es decir, la venta de productos a fabricar, así como la oferta de servicios adicionales por parte del vendedor. El Tribunal aplicó la CISG, ya que en el caso no se observó circunstancias para la exclusión con base en el artículo 3.2. La obligación de montar la máquina por técnicos del vendedor no fue interpretado como parte principal del contrato. El valor de la mano de obra de la instalación sólo equivalía a una pequeña parte del valor total

En este sentido, podemos hacer uso del artículo 9 de la CISG³⁵⁹. Este artículo, trata de uno de los principales motivos del éxito de la CISG, que cada día crece el número de países signatarios, por su carácter práctico y flexible, siendo un aspecto sobresaliente que llama la atención de los países hacia la Convención, por más que se trate de una ley uniforme relativamente nueva de aplicación en un campo tradicional y quizás, éste sea uno de los motivos de su escaso rechazo por algunos países.

El objetivo del artículo 9 de la CISG es determinar la eventual incidencia de los usos y prácticas en la compraventa internacional. El apartado (1) establece que las partes están obligadas por los usos y las prácticas que ellas mismas han convenido³⁶⁰, pero no basta con que el uso sea conocido por las partes, sino que efectivamente sea seguido por los contratantes³⁶¹. Sin embargo, la CISG no define lo que son los usos y las prácticas, y puede entenderse por ellas las conductas que suelen observar unos determinados contratantes en sus relaciones mutuas, que se espera por tanto, que las sigan manteniendo en futuros negocios³⁶².

del contrato, y el principal interés del comprador seguía siendo la misma máquina y no su instalación; Véase el caso número 192, caso CLOUT 14, Tribunal Obergericht des Kantons Luzern, 8 de enero de 1997, el caso es sobre la venta de medicamentos al distribuidor exclusivo. El comprador suizo, que se los revendió a un hospital suizo. El hospital se negó a aceptar las mercancías, argumentando falta de conformidad con lo pactado. Por su vez, el distribuidor se negó a pagar el precio de compra. El vendedor demandó al comprador y el Tribunal de primera instancia sentenció que el comprador debía pagar el precio de compra. El segunda instancia se confirmó la decisión. El Tribunal defendió la aplicación de la CISG. Y defendió que la CISG sólo no sería aplicada si en el caso revestían principal importancia elementos diferentes de los relacionados con el contrato de venta, conforme el artículo 3 (2) de la CISG. De todos modos, el Tribunal señaló que una venta aislada de mercaderías de conformidad, por ejemplo, con un contrato de franquicia o de distribución exclusiva se regiría por la CISG.

³⁵⁹ El artículo 9 CISG establece: «1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate».

³⁶⁰ Número del caso 95, número de la CLOUT 7, Zivilgericht Basel-Stadt, Suiza, 21 de diciembre de 1992. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de referirse a este tipo de prácticas reconociéndolas como obligatorias.

³⁶¹ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y GONZÁLEZ CARRASCOSA, JAVIER, *Curso de contratación internacional*, op. cit., p. 245.

³⁶² CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, Sevilla, 2000, p. 200.

Los *usos* y las *prácticas*³⁶³ comerciales tratan de una serie o secuencia de conductas previas entre las partes y/o ampliamente reconocidas en el comercio internacional. Para que se pueda requerir responsabilidades con bases en las conductas, debe haber entre las partes un acuerdo previo o la observación de transacciones continuas realizadas anteriormente, es decir, debemos observar la habitualidad de determinadas acciones para que sean consideradas *prácticas* establecidas por las partes. Cuando esos *usos* o *prácticas* se convierten en acciones repetitivas, volviéndose rutina para las partes, consecuentemente se convierten en una regla de comportamiento conjuntamente ajustada, tales actos ya pueden ser considerados como obligatorios entre las partes para los contratos futuros pactados entre ellos. La relación entre comerciantes de una categoría determinada, la forma de actuar es tan importante que se llega a niveles de ser un comportamiento típico³⁶⁴.

Como podemos observar, el artículo 9 de la CISG nos transporta al origen del derecho mercantil, rescata el sentido consuetudinario de las normas del derecho comercial, que a su vez, se puede hacer una interpretación conjunta con la *Regla de la Vinculación*. En otras palabras, las partes quedarán vinculadas con cualquier *uso* en que hayan convenido y cualquier *práctica* que hayan establecido, vinculando los *usos* y las costumbres con todas sus consecuencias jurídicas, con el mismo peso, tal y como de un contrato escrito se tratara.

Siguiendo en este mismo orden de ideas, las *prácticas* negociables se caracterizan por ser conductas establecidas entre los participantes del negocio para el

³⁶³ Dentro de la categoría del uso convencional entran por definición los INCOTERMS (*International Chamber of Commerce Trade Terms*, aunque también se conoce por *International Commercial terms*) 2000 y los RUU 500, se trata de hábitos comerciales que a fuerza de utilizarse repetidamente han llegado a convertirse en auténtica fuente de derecho, con carácter supletorio de la norma escrita.

³⁶³ Distingue, pues, entre el uso convencional y las prácticas negociables, mientras que el párrafo (2) de la misma disposición se refiere a la costumbre internacional. El uso convencional consiste en un acuerdo particular y determinado, pudiendo ser expreso o tácito para el empleo de un uso específico en una transacción concreta. Dentro de la categoría del uso convencional entran por definición los INCOTERMS (*International Chamber of Commerce Trade Terms*, aunque también se conoce por *International Commercial terms*) 2000 y los RUU 500, se trata de hábitos comerciales que a fuerza de utilizarse repetidamente han llegado a convertirse en auténtica fuente de derecho, con carácter supletorio de la norma escrita. Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios 1993 (RUU 500). Dichas reglas fueron actualizadas con las RUU 600 que se encuentran vigentes desde del 1 de julio de 2009.

³⁶⁴ AGUILAR NAVARRO, MARIANO, «Comentarios al artículo 9 de la Ley uniforme de venta internacional de mercaderías», *Multitudo Legum Ius Unum*, ensayos en honor a Festschrift para Wilhelm Wengler a su 65 cumpleaños, vol. 2, 1973, p. 17-41.

cumplimiento de sus respectivas obligaciones, que por la habitualidad con la que se han venido practicando en el transcurso de los contratos anteriores, se consideran vinculantes para los mismos, convirtiéndose en contenido del contrato³⁶⁵.

Los usos a los que se refiere el artículo 9 (1) de la CISG no deben confundirse con los contemplados en el artículo 9 (2) de la CISG. Esta distinción es importante porque mientras que los *usos* previstos en el artículo 9 (1) vinculan a las partes únicamente si tal comportamiento ha sido aceptado; los que se refieren en el artículo 9 (2) vinculan a las partes con independencia de una eventual aceptación. Se trata de *usos* que en el comercio internacional son generalmente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo, y de los cuales las partes tenían o podían haber tenido conocimiento.

Lo importante en esta hipótesis – artículo 9 (2) es el hecho que los *usos* que vinculan a las partes, incluso sin acuerdo, deben ser «ampliamente conocidos» en el sector del comercio internacional. Se desprende, por un lado, que estos *usos* no tienen que ser conocidos a nivel mundial y por otro, que no todos los que operan en el referido sector deben conocer tales *usos*, pero que sea conocido por las partes. Por lo tanto, los *usos* meramente locales o válidos en lugares determinados, como, por ejemplo, ciertas ferias o puertos, puedan ser relevantes. Es preciso, no obstante, que en la esfera donde se observa *el uso* se lleve a cabo un comercio internacional³⁶⁶.

Sobre las costumbres comerciales del párrafo (2) del artículo 9 de la CISG, hay que valorar su eficacia y el uso normativo, es decir, la costumbre mercantil entendida como práctica comercial que siendo suficientemente conocida y observada

³⁶⁵ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 80. Además, la jurisprudencia confirma que es correcto ese modo de entender el significado de «prácticas». En la sentencia del Landegericht Dusseldorf de 17 de noviembre de 1983 se señala que para que exista una práctica debe haber sido observada con frecuencia y duración entre las partes, de tal modo que cree la confianza que seguirá observándose en el futuro.

³⁶⁶ FERRARI, FRANCO, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 121.

en un cierto sector del comercio internacional, se convierten en cláusulas tácitamente aplicables al contrato o a su formación³⁶⁷.

Sin embargo, hechas las consideraciones anteriores, lo cierto es que la doctrina está dividida. Se observa una tendencia a recurrir al criterio puramente objetivo cuantitativo³⁶⁸ para determinar la parte principal del contrato y la parte accesoria de las obligaciones, pero entendemos³⁶⁹ que al acudir exclusivamente a este criterio estaríamos restringiendo el artículo 3 (2) de la CISG e impidiendo que este artículo fuera interpretado de forma flexible tal y como es la esencia de la Convención, porque el criterio subjetivo de reconocimiento del cuál es la obligación principal en un contrato, reconoce la flexibilidad y capacidad de adaptación de la CISG al caso concreto³⁷⁰

³⁶⁷ El Uniform Commercial Code (EEUU) 1-205.2 define: Uso comercial como cualquiera práctica o método de negociación que tenga tal regularidad de cumplimiento en un lugar, ocupación o comercio que justifique la expectativa de que será observada en la transacción de que se trate.

³⁶⁸ HONNOLD O., JOHN, *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Derecho Reunidas, Madrid, 1987, p. 115; MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Ed. Colmares, Granada, 2004, p. 285.

³⁶⁹ La corriente minoritaria entiende que la utilización de apenas el criterio cuantitativa podría ser insuficiente; SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, p. 252; CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, Sevilla, 2000, p. 89; RICHARD, BRADLEY J., *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention*, Iowa Law Review, 1983, pp. 209-240; ESPLUGUES MOTA, CARLOS, *La Convención de las Naciones Unidas sobre contratos internacionales de compraventa de mercadería, hecha en Viena el 11 de abril de 1980*, Revista General del Derecho, 1991, p. 59; GARRO, ALEJANDRO MIGUEL Y ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990, p. 75; KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *Sphere of application and general provisions*. Comentado por LOUKAS MISTELIS/ANJANETTE RAYMOND, artículo 3, C.H.Beck·Hart·Nomos, Múnich, 2011, p. 58: en el comentario del artículo 3 de la CISG dice que la mayoría de los comentaristas y los Tribunales respaldan la opinión de que el factor del valor económico debe complementarse con la consideración de las partes intenciones expresadas en el contrato y que rodea las circunstancias, es decir que no se debe llevar en consideración solamente el criterio cuantitativo. De hecho, varios Tribunales han considerado el peso que las partes han puesto sobre las diversas obligaciones, como uno de los factores determinantes primarios.

³⁷⁰ En el caso número 346, caso CLOUT 32, Landgericht Mainz, Alemania, 26 de noviembre de 1998, el Tribunal aplicó la CISG porque entendió que la aplicación no estaba excluida por su artículo 3 (2). Para llegar tal conclusión el Tribunal llevó en consideración la intención del contrato y las circunstancias de su celebración y llegó a la conclusión de que la compraventa del objeto del contrato era esencial. Las demás obligaciones fueran consideradas como tareas suplementarias, que representaban servicios, como el diseño de la máquina, debían considerarse parte de la obligación de suministrar el producto final. Además, los otros aspectos del cumplimiento del contrato, como la instalación, la asistencia, el transporte y otros servicios previstos por el acuerdo, eran secundarios.

4. CRITERIO OBJETIVO CUANTITATIVO

Por último y no menos importante, también podemos utilizar para el análisis de identificación de la prestación principal el criterio *cuantitativo*³⁷¹. En principio, según el criterio *cuantitativo*, se identifica la prestación principal cuando ésta supera el porcentaje del 50% del valor total del contrato³⁷². Entonces, según este método,

En este mismo sentido en caso número 430, caso CLOUT 37, Oberlandesgericht München, Alemania, 3 de diciembre de 1999, la decisión se refiere a ambos párrafos del artículo 3 de la CISG, es decir, la venta de productos a fabricar, así como la oferta de servicios adicionales por parte del vendedor. El Tribunal aplicó la CISG, ya que en el caso no se observó circunstancias para la exclusión con base en el artículo 3.2. La obligación de montar la máquina por técnicos del vendedor no fue interpretado como parte principal del contrato. El valor de la mano de obra de la instalación sólo equivalía a una pequeña parte del valor total del contrato, y el principal interés del comprador seguía siendo la misma máquina y no su instalación.

³⁷¹ Vid. CISG Advisory Council Opinión N. 4, Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CNUCCI), 24 Octubre 2004. Relatora. PILAR PERALES VISCASILLAS. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html#38>. Señala que «considerar un porcentaje fijo podría ser arbitrario debido al hecho de que deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso; que la doctrina está dividida; y que el origen de estas cifras no está claro. Por consiguiente, no parece aconsejable cuantificar el término «sustancial» *a priori* en porcentajes. Sería preferible un análisis caso por caso y, por tanto, debería determinarse sobre la base de un análisis global. Incluso si se usase un porcentaje, la cifra del 50 podría ser muy baja para justificar la exclusión de la Convención, particularmente bajo la perspectiva del propósito de la CNUCCI (Artículo 3(1)), que establece un principio «pro Convención». Una interpretación que favoreciese la aplicación de la Convención es preferible por que el Artículo 3(1) CNUCCI se redactó expresando una regla general (aplicabilidad de la Convención) y una excepción (exclusión de la Convención). Además, debería buscarse una postura basada en los principios de interpretación internacional y uniforme y de aplicación de la Convención (Artículo 7 CNUCCI). Además, la interpretación moderna, jurídica y económica, de los contratos de compraventa, es incluso más amplia que la contenida en el Artículo 3(1) CNUCCI». http://www.cisgac.com/file/repository/Spanish_opinion4.pdf.

³⁷² Número del caso 325, CLOUT 31, Kantonsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 8 de abril de 1999. En presente caso se trataba de una distribución en exclusiva. El vendedor demandó al comprador por falta de pago. El Tribunal observó que los contratos de compraventa no podían considerarse contratos de servicios sólo porque los gastos de ingeniería correspondientes al montaje de los árboles de leva fueran superiores al valor de las materias primas y de los materiales semi-manufacturados que se habían empleado. Por lo tanto, que el valor de los árboles de levas fuera mucho mayor que el precio de los materiales utilizados para su producción no excluía la aplicación de la CISG. El Tribunal decidió que la CISG sólo sería inaplicable si el comprador hubiera suministrado los materiales necesarios para la producción de las mercaderías con un valor superior al de los materiales suministrados por el vendedor (artículo 3 (1)) de la CISG; Véase número del caso 327, CLOUT 31, Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, 25 de febrero de 1999: En el presente caso, el Tribunal consideró que los gastos de mano de obra no eran superiores a los gastos de mercaderías. En este sentido, no se consideró que el contrato era de prestación de servicio, aplicado de este modo la CISG, conforme a lo dispuesto en el artículo 53; El Tribunal de Apelación de Ghent, Bélgica, en sentencia de 14 de noviembre de 2008: Dictamina que para la calificación del acuerdo como un acuerdo de venta en el sentido de la CISG, que, además, no es un factor determinante, ya sea en las condiciones generales de venta se hace mención de la entrega de bienes y servicios, ya sea también está previsto el montaje, ya sea mención es hecha de una obra en construcción y en el que el pago momento se debe hacer: la clara razón de ser del artículo 3 (2) es de hecho traer de entrega-acuerdos con la obligación de reunir los bienes dentro del ámbito de aplicación de la CISG. Y por eso, se concluyó que la CISG se aplica en el presente caso, de conformidad con el artículo 3 (2) de la CISG. Y el Tribunal confirma este entendimiento del juez de primera instancia (cisgw3.law.pace.edu/cases/081114b1.html);

cuando la prestación del servicio supera en 50% del valor de la venta de las mercancías no se aplicará la CISG a este contrato, ya que no cumple con el artículo 3(2). Si por el contrario, el precio de los bienes entregados fuera mayor que el coste de los servicios prestados, entonces el contrato se someterá al régimen jurídico de la CISG³⁷³.

Sin embargo, tal regla tiene su excepción porque en la sentencia, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995 - caso número 169, número de la CLOUT 11. En el caso, se consideró que el contrato para el desmantelamiento y la compraventa de un galpón de segunda mano entraba en el ámbito de aplicación de la Convención porque el valor de los servicios de desmantelamiento totalizaba un cuarto del valor total del contrato, no superando, pues, los 50% del valor total del contrato de compraventa.

En los marcadores de las observaciones anteriores, resulta oportuno indicar que la doctrina mayoritaria, defiende que el criterio *cuantitativo* es el más adecuado para analizar la prestación *principal*, por otro lado también observamos que la

Suprema Corte Federal Bundesgerichtshof, Alemania, 9 de julio de 2008 (cisgw3.law.pace.edu/cases/080709g1.html); En el mismo sentido, el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, laudo número 9781/2000: Los árbitros a través del laudo declaran que la doctrina y la jurisprudencia establecen unanimidad criterios específicos en cuanto a si, y en caso afirmativo, en qué medida, un contrato que prevé el trabajo y los materiales entra en el ámbito de la CISG. Por lo tanto, un contrato donde se observa las obligaciones de suministro de materiales, mas el trabajo para manufacturales será tratado como un contrato de compraventa. «Es lo contrario sólo cuando el comprador la mercancía tiene que suministrar una «parte sustancial» de la necesarias materias primas o productos semielaborados. Ya en los caso del un contrato para el suministro e instalación (Art. 3 (2)) solo estará fuera del ámbito de aplicación de la CISG» si la obligación de suministrar u obtener mano de obra u otros servicios junto con la obligación de entregar los bienes constituya la parte principal de las obligaciones. En vista de la incertidumbre asociada, en la mayoría de los casos, con la necesidad de estimar esos valores, será necesario que la participación de los servicios que sea claramente superior al 50%. (cisgw3.law.pace.edu/cases/009781i1.html); Oberlandesgericht Wien, Austria, 1 de junio de 2004: La sentencia declara que de acuerdo con los artículos 3 (1) y 3(2) de la CISG, la Convención será aplicada al presente caso, ya que no se afirmó ni descartó que el deber del vendedor de montar las máquinas equivale a más de la mitad de la obligación de suministro. Por lo tanto, la ley que rige el lugar de cumplimiento es el CISG. (www.cisgw3.law.pace.edu/cases/040601a3.html).

³⁷³ ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL Y PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *Derecho Mercantil Internacional, El Derecho Uniforme*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, p. 99; DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 69; Díaz Picazo entiende que un valor inferior pero próximo a 50% sería suficiente para no calificar de compraventa el contrato; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 194; SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 248 -253.

doctrina postilla este requisito con matices, ya que hace una salvedad cuando dice que este método debe tomarse (solamente) en cuenta como un punto de partida y, añade además, que debe completarse o incluso revisarse con el peso que las mismas partes hayan atribuido a cada obligación³⁷⁴.

Sobre este punto, entendemos que no se debe recurrir exclusivamente al criterio objetivo *cuantitativo* y tampoco utilizarlo como parámetro primario, es decir, aplicar primeramente el criterio *cuantitativo* como factor para analizar la situación porque este método no funciona en todas los contextos, aunque sea cuantitativo y supuestamente tenga un carácter objetivo. Habrá circunstancias en las cuales el objeto principal es la compraventa, pero por motivo del contexto, en términos cuantitativamente supera el valor de la compraventa³⁷⁵. El autor RICHARDS³⁷⁶ explica la negativa de la valoración cuantitativa con el siguiente ejemplo: Una empresa de energía norteamericana firma un contrato con otra empresa para la venta y construcción de una central nuclear. En el contrato, la empresa norteamericana se compromete además de la venta de los componentes del reactor nuclear, el suministro de los técnicos e ingenieros muy especializados que cobran mucho por sus servicios dada la importancia del objeto, como los trabajadores necesarios para la construcción de la central nuclear³⁷⁷.

³⁷⁴ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER. *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 252. Caso CLOUT número 31 Switzerland: a ndelsgericht des an tons rich, Suiza, 8 de Abril de 1999.

³⁷⁵ Entendemos que el parámetro económico debe ser utilizado para determinar cuál es la parte principal del contrato, si es el suministro de mano de obra o la prestación de servicios, o es la es valor económico de las mercaderías. Para sacar esa cifra debemos analizar los valores como si fuera celebrado dos contratos distintos, pero debido a complejidad del asunto y las diversas formas en que se puede presentar lo indicado es analizar caso por caso. Véase el caso número 169, número de la CLOUT 11, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995.

³⁷⁶ RICHARD, BRADLEY J., *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention*, Iowa Law Review, 1983, pp. 209-240. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/richards.html>

³⁷⁷ En este mismo sentido, SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, p. 252. En casos excepcionales, la evaluación del valor puede ser engañosa: si un carro se repinta de dorado, esto no se convierte en compraventa sólo porque la pintura que ha de ser suministrada por el pintor sea más costosa que el trabajo de pintarlo.

Ocurre que, en este caso en particular, el valor total de las obligaciones accesorias excedieron el valor de los componentes para la construcción de la central nuclear, pero no se trata de un contrato de servicio, todo lo contrario, la prestación principal fue la compraventa. Sin embargo, si llevásemos en consideración un análisis puramente *cuantitativo*, ese criterio nos llevaría a la conclusión que la *parte principal* del contrato sería el servicio, ya que el valor de la prestación es superior a la compra del reactor nuclear. En este caso concreto, seguramente estaríamos precipitadamente comprometiendo la aplicación de la CISG, lo que sería un error proceder la exclusión de la CISG por conclusiones equivocadas, una vez que el objetivo principal del contrato, en el ejemplo, era la venta y no la prestación del servicio³⁷⁸.

Ante tal situación, opinamos que el criterio cuantitativo no debe ser punto de partida, sino que el criterio final o al menos debe ser aplicado conjuntamente con otros criterios para que se llegue a una interpretación más próxima a la realidad (voluntad de las partes) y así descubrir cuál es la prestación *principal* en un contrato³⁷⁹. La razón por la cuál tenemos este entendimiento es porque basta con que

³⁷⁸ Véase el caso CLOUT número 327, Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, 25 de febrero de 1999: El caso fue referente a la compra e instalación de tejados. El vendedor demandó al comprador reclamando el precio de compra pendiente, el pago de los servicios prestados. El Tribunal aplicó la Convención de Viena por entender que los gastos correspondientes a la mano de obra no eran superiores a los gastos de las mercaderías suministradas, conforme el artículo 3.2 de la Convención de Viena. Así pues, cuando la obligación que entraña el suministro de mano de obra o la prestación de servicios equivale a más del 50% de las obligaciones del vendedor, la Convención es inaplicable. De conformidad a estos argumentos, algún Tribunal ha decidido que un contrato que preveía la realización de un estudio de mercado no se ajustaba al ámbito de aplicación de la Convención GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ, «Los contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable» en Alberto Alonso Ureba y otros (Dirs.), Los contratos de distribución, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, 2010, pp. 221-240.

³⁷⁹ Así hizo el Tribunal en el caso número 325, CLOUT 31, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 8 de abril de 1999, el caso se trata de la compraventa de molinos de viento para la distribución en exclusiva. El vendedor demandó al comprador porque este no pagó por las mercaderías. El comprador alegó la incompetencia del Tribunal. El Tribunal también rechazó el argumento del comprador que la CISG no era aplicable en el presente caso debido a que la principal obligación contractual del vendedor había sido la prestación de servicios. Sobre este tema, el Tribunal señaló que ni el acuerdo de las partes, ni las facturas del vendedor para las entregas individuales contenían estipulaciones en cuanto a la prestación de servicios. El Tribunal llegó a este entendimiento argumentando que los costes de ingeniería para el desarrollo de las unidades fueron más altos que el valor de las materias primas y semi-manufacturados utilizados. En consecuencia, el hecho de que el valor de las unidades era mucho más alto que el precio de los materiales utilizados para su producción, no se opone a la aplicación de la CISG. El Tribunal determinó brillantemente que sólo en el caso de que el comprador suministrara los materiales necesarios para la fabricación de productos que son superiores en valor que los materiales suministrados por el vendedor, la CISG no sería aplicada conforme el párrafo (2) del artículo 3.

el criterio nos induzca al error para que éste no sea considerado como criterio exclusivo o primario³⁸⁰. Además cuando los resultados se derivan de dicha elección pueden ser bastante diferentes e incluso influir decisivamente sobre la aplicabilidad de la CISG³⁸¹.

Otro criterio que puede ser utilizado es buscar la obligación más importante dentro de la relación contractual, y para esto podemos cuestionar, continuando con el mismo ejemplo: ¿Si quitásemos la compraventa de los materiales para la construcción de la central nuclear, tendría sentido la prestación del servicio? La respuesta es no, porque el trabajo prestado por los técnicos e ingenieros es la consecuencia de un contrato de compraventa y no tendría sentido sin la compra de los materiales. Es decir, los problemas se centran en la distinción entre bienes y servicios, por lo tanto, en el ejemplo dado por RICHARDS, el objeto principal del contrato es la compraventa y como obligación accesoria identificamos la prestación del servicio, aplicándose en tal sentido la CISG³⁸².

Para concluir, entendemos que la evaluación de la intención de las partes – artículo 8 – debe ser el punto de partida para determinar cuál es la parte *principal* del contrato. La razón de aplicar el artículo 8 de la CISG es porque se trata del artículo responsable en la Convención por la interpretación de las declaraciones e intencionalidades de las partes.

³⁸⁰ En el caso de la venta de equipamientos para la construcción de una central nuclear, cuando el servicio por su peculiaridad, fue más caro que el suministro de mercancía, pero eso no quiere decir que la prestación *principal* sea un contrato de servicio, todo lo contrario, la prestación *principal* en este caso fue la compraventa; En sentido contrario ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL, «Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional», Anuario Español de Derecho Internacional privado, Tomo XIII, 2013, pp. 424 y 425. Entiende que desde una perspectiva funcional, resulta más adecuado partir de que los contratos de distribución se componen de dos tipos contractuales diferenciados: la colaboración comercial entre las partes, la tradicionalmente denominada de «concesión», y la celebración del contrato.

³⁸¹ En este mismo sentido El caso CLOUT número 346, Landgericht Mainz, Alemania, 26 de noviembre de 1998, el Tribunal estimó que en el presente caso no era admisible comparar el valor de cada obligación cumplida para llegar a la conclusión de cuál obligación era la principal.

³⁸² RICHARD, BRADLEY J., *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention*, Iowa Law Review, 1983, pp. 209-240. La jurisprudencia de los Estados Unidos en los casos de dudas recurre al criterio conocido como *predominant-thrust teste of Bonebrak* para determinar si el contrato es de servicio o de compraventa. Según este criterio, se cuestiona cuál es el factor predominante del contrato <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/richards.html>

No obstante, si con el criterio de intencionalidad no se llega a ninguna conclusión satisfactoria, pasaríamos a valorar el grado de importancia de cada prestación dentro del contrato. Por ejemplo, el contrato de distribución de botellas de vinos con cláusula de exclusiva, en el cual la compraventa de botellas de vino al fabricante es la prestación *principal* y, la obligación de respetar la exclusividad es la prestación accesoria. Entretanto, si anuláramos la compraventa de botellas de vino, la obligación de respetar la exclusividad territorial perdería su sentido de existir, es decir, la prestación de compraventa es la prestación principal, y la prestación de respetar la exclusividad territorial es la secundaria o también denominada accesoria. Entonces, cuando una prestación pierde su sentido de existir es porque la otra prestación fue anulada, la que se anula es la prestación principal. En los contratos de distribución de mercaderías, casi siempre, por no decir siempre, la compraventa será considerada, bajos los criterios aquí analizados, como prestación principal dentro del contrato.

En este sentido, si planteamos los criterios utilizados por los Tribunales en el caso de litigio de los contratos de distribución internacional, es habitual encontrar argumentos justificados en la falta de cumplimiento del pacto de exclusiva o el pedido de compensación por clientela, tales obligaciones son consideradas secundarias respecto de la obligación principal, a saber, la entrega de las mercancías, por consiguiente la compraventa. Como podemos observar hasta el pacto de exclusiva, obligación muchas veces considerada de vital importancia, es considerada por la doctrina como una obligación meramente accesoria, secundaria y su existencia depende fundamentalmente de la obligación principal. Así, por ejemplo, la sentencia T.S 149/2011, (Sala 1) de 3 de marzo: *c) puede contener pacto de exclusiva no sólo a favor del distribuidor (activa), sino también a cargo del concedente (pasiva) o de ambos; si bien la característica de la exclusividad no se señala como esencial por la doctrina, debe resaltarse que la jurisprudencia viene insistiendo en que la nota que imprime especial naturaleza al contrato es precisamente el pacto de exclusiva*³⁸³.

³⁸³ En este sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ, «Contrato de Distribución Internacional: Competencia judicial y ley aplicable, en *Los Contratos de Distribución*», Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, 2010, Madrid, pp. 223-240. «Pues bien, si proyectamos los criterios anteriores sobre el litigio típico en los contratos de distribución internacional, se suele afirmar que las obligaciones que sirven de fundamento a la reclamación de una indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso o incluso a una compensación por clientela, son secundarias

Entendemos que es importante hacer el relieve que los Tribunales diferencian en los contratos de distribución las obligaciones accesorias de la principal, lo que fortalece nuestro razonamiento que defiende que la CISG puede ser aplicada a los contratos de distribución, puesto que cuando se trate de un contrato con varias obligaciones, será la obligación principal, la que establezca la ley aplicable. Por supuesto, no quita la capacidad que la CISG tiene de también abarcar las restantes obligaciones que se derivan del mismo contrato³⁸⁴.

Sin embargo, los Tribunales también utilizan los criterios de reconocimiento de cuál es la prestación principal en el contrato, para otra finalidad, que es con el objetivo de identificar el foro competente. Tal situación es contemplada cuando se trata de contratos de los cuales se derivan distintas obligaciones y que tales obligaciones deben ser cumplidas en diferentes Estados miembros. Los Tribunales identifican la prestación principal analizando el peso específico de cada una de las obligaciones³⁸⁵. En este sentido, tenemos la sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, 4 de mayo de 2006 que enjuició un pleito entre una empresa italiana – el demandante y una empresa francesa el demandado. En la demanda se reclamó, entre otras cosas, la indemnización por la resolución abusiva del contrato por parte de la compañía. Sobre este asunto, la Corte italiana consideró que los Tribunales italianos carecían de competencia judicial conforme al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas. Para defender tal argumentación, la Corte utilizó la máxima *accessorium sequitur principale*, recogida por el Tribunal de Justicia en el as. C-266/85, al entender que las obligaciones cuyo incumplimiento invoca el demandante son accesorias respecto

respecto de la obligación principal que asume el principal, a saber, la entrega de las mercancías. Incluso si hay un pacto de exclusividad entre las partes (y una consiguiente obligación de respeto de la clientela), dicho pacto no podía calificarse como *equivalente* a las obligaciones de entrega, sería meramente accesorio, secundario y dependiente por relación a la obligación principal».

³⁸⁴ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1.236.

³⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, as. C-266/85, pfo. 19. “*será la obligación principal, entre varias*”

de la principal, y que esta obligación principal, conforme al artículo 31 de la CISG, por consiguiente, debía cumplirse en Francia³⁸⁶.

Una vez analizado el artículo 3 (2) de la CISG y los criterios para la identificación de la prestación principal, con base a ellos, no cabe duda que la Convención es aplicable a otros contratos distintos al contrato de compraventa, es decir, la CISG además de responder a los contratos de compraventa que se caracterizan por la obligación de *dar*, también responde, cada vez más extendida a la consideración de la compraventa como un contrato de distribución cuyos objetos son la prestación de *dar, hacer y no hacer*³⁸⁷. Podemos preguntarnos el por qué la CISG ha dejado la puerta entre abierta sobre este tema. Como dice FRANCO FERRARI, de lo contrario no sólo dejaría de tener en cuenta la realidad económica, a la vista de la frecuencia de estos contratos, sino también ofrecer una disciplina incompleta del fenómeno de la compraventa, y como se presenta a día de hoy³⁸⁸.

Entonces, aprovechando la puerta entre abierta que la CISG dejó para la aplicación del Convenio a contratos mixtos, llegados hasta aquí, nos preguntamos de nuevo, por qué no aceptar la posibilidad de aplicación de la CISG a los contratos de distribución, ya que en estos tipos de contratos, en muchas ocasiones se observa que la prestación *principal* es la compraventa de mercaderías³⁸⁹.

³⁸⁶ En este sentido la sentencia de la Corte di Cassazione Italiana, 4 de mayo de 2006.

³⁸⁷ Caso CLOUT número 652, Tribunale Padova, Italia, 10 de enero de 2006. El Tribunal se pronunció declarando que los contratos en que parte de las obligaciones de quien suministra las mercaderías consisten en la prestación de trabajo u otros servicios deben ser considerados como contratos de compraventa, pero en los caso donde la prestación de trabajo y/u otros servicios sean la parte principal del contrato, no pondrán ser considerados como contrato de compraventa, conforme artículo 3.2 de la CISG. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060110i3.html#cd>

³⁸⁸ Nota prestada del autor OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 174; FRANCO, FERRARI, *Vendita Internazionale di Beni Mobili*. Tomo 1-art.1-13. «Ambito di Applicazione-Disposizioni Generali», en *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA* (a cura di FRANCESCO GALGANO), *Libro Quarto-Delle Obbligazioni, Titolo III-Capa I-Della Vendita-Supplemento Legge 11 Dicembre 1985 N.765*, Zanichelli Editores-Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna, Roma, 1994.

³⁸⁹ Caso CLOUT número 113, Federación de Rusia: Sala de lo Mercantil del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, Rusia, 15 de octubre de 2009. En este caso el Tribunal sostuvo que la obligación principal del vendedor era suministrar las mercaderías y que sus obligaciones relativas al montaje del equipo no eran fundamentales; En este mismo sentido caso CLOUT número 699, Estados Unidos: U.S. Federal District Court for the Eastern District of New York, 29 de marzo de 2005. El Tribunal llegó a la conclusión de que el contrato estaba regulado por la CISG y por ello él tenía competencia por razón de la materia. Además dictaminó que la esencia o el objetivo principal del contrato era la venta de mercaderías

IV. LA CISG Y LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

El contrato de distribución, entendido como categoría, es un género que abarca casi todo tipo de manifestación y especie porque pertenece a un ámbito contractual donde podemos encontrar posibilidades muy variadas, como el contrato de concesión (exclusiva), el contrato de distribución autorizada, el contrato de distribución selectiva, el contrato de comisión, el contrato de agencia, el contrato de mediación y el contrato de franquicia. No obstante, en el presente trabajo no trataremos de definir y diferenciar cada uno de ellos, sino que nos centraremos en la esencia del contrato de distribución, ya que una vez demostrado que la CISG puede amparar a los contratos de distribución, sería posible su aplicación a otros tipos contractuales por analogía, pero por supuesto siempre analizando el caso concreto.

Referente a la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, se argumenta también que la CISG no puede ser aplicada a estos contratos porque fundamentalmente no responden al concepto económico de compraventa, es decir, el intercambio de la propiedad de una cosa por un precio³⁹⁰.

Aunque parte de la doctrina entiende que, en los contratos de distribución el flujo continuado de venta y reventa entre las partes no es el elemento principal o esencial en que se agota la relación contractual, sino que simplemente es el instrumento técnico necesario para el cumplimiento del objetivo de la

y no la prestación de servicios; Caso CLOUT n número 14, Switzerland: Richteramt Laufen des Kantons Berne, Suiza, 7 Mayo 1993. El Tribunal consideró que las partes habían firmado contratos para el suministro de bienes a ser fabrican y por lo tanto debían considerarse ventas en virtud del artículo 3 (1) de la CISG, ya que, aunque el demandante tuvo que proporcionar un número de diferentes servicios, estas obligaciones no eran preponderante (artículo 3 (2) de la CISG). Por lo tanto, el Tribunal sostuvo que la Convención es aplicable en virtud del artículo 1 (1) (b) CISG; Caso CLOUT número 59, Tribunale Padova, Italia, 10 de enero de 2006. De acuerdo con los arts. 3, 30 y 53 de la CISG, un contrato de compraventa es aquel por el cual el vendedor está obligado a entregar las mercancías, transferir la propiedad sobre ellas y posiblemente entregar los documentos relativos a ellas mientras el comprador está obligado a pagar el precio y recibir la entrega de esas mercancías. Los contratos en que parte de las obligaciones de quien suministra las mercancías consisten en la prestación de trabajo u otros servicios se consideran también contratos de compraventa a menos que la prestación de trabajo u otros servicios representen una parte preponderante de las obligaciones (art. 3 (2) de la CISG).

³⁹⁰ VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS, *Compraventa internacional de mercadería. Una visión jurisprudencial*, Arazandi, Navarra, 2000, p. 57; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ, *Contrato de Distribución Internacional: Competencia judicial y ley aplicable*, en *Los Contratos de Distribución*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, 2010, Madrid, pp. 223-240. GARCIMARTÍN está en contra de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución porque considera

comercialización de los productos³⁹¹. Debido a esto, la doctrina entiende que la finalidad de este tipo contractual no se corresponde con la de un simple intercambio de cosa por precio, ni siquiera con la de un intercambio planificado de prestaciones entre dos o más empresarios, sino que el propósito fundamental de estos negocios consiste en articular vínculos de colaboración estables, con el objetivo de hacer llegar el producto o servicio desde el productor al consumidor³⁹².

No obstante, encontramos otra corriente en la doctrina³⁹³, que defiende que la concesión mercantil se considera como un tipo especial de contrato de compraventa. De hecho, afirma que la característica de los contratos de distribución es la existencia de una cadena de compraventa que, generalmente, se estructura así: el fabricante vende al distribuidor o mayorista, éste al minorista, y, a su vez, este último lo hace al consumidor³⁹⁴. Considerado el fabricante como un vendedor y el concesionario como un revendedor. Aunque IGLESIAS PRADA declara la importancia dada a la compraventa dentro de los contratos de concesión pues los antecedentes de este contrato se hallan en el contrato de compraventa con exclusiva, matiza afirmando que el contrato de compraventa es un contrato de cambio, y el contrato de concesión, por su parte, es un contrato de colaboración.

Sin embargo, aunque reconocemos las diferencias entre ambos contratos, opinamos que en los contratos de distribución el elemento con mayor relevancia es la compraventa de mercaderías entre productor y distribuidor, y su posterior reventa. Además, la CISG no impide que las partes establezcan obligaciones de colaboración entre ellas que pueden ser mas o menos intensas dependiendo del contrato en

³⁹¹ En este sentido, IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS, «*Notas sobre el estudio del contrato de concesión mercantil*», en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Uría, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1978, pp. 250 – 281; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 408.

³⁹² VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, p. 1602.

³⁹³ IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS, «*Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*», en Estudio de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, Madrid, 1978, pp. 250 – 281, en especial p. 256; PUENTE MUÑOZ, TERESA, *El contrato de concesión mercantil*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1976, pp. 37 y ss.

³⁹⁴ LÓPEZ FRÍA, ANA, *Los contratos conexos. Estudio del supuestos concretos y ensayos de una construcción doctrinal*, Bosh, Barcelona, 1994, p.145.

cuestion. Y por lo tanto aunque existan elementos de colaboración entre las partes en los contratos de distribución ello no impide que esas obligaciones queden reguladas por la CISG.

Asimismo, si en esta relación comercial restásemos el elemento compraventa, y consecuentemente la reventa entre las partes, dejando en el negocio solamente la obligación principal, que para la doctrina es la colaboración e integración entre empresas³⁹⁵. ¿Con qué nos quedaríamos?. Nos quedaríamos solamente con la intención de colaborar, con la intención de cumplir con la obligación de venta exclusiva. Sin embargo, los negocios no se concretan sobre la base de intenciones, sino basado en cambio de capitales.

Por supuesto, no negamos la fundamental importancia del deber de colaboración entre empresarios en los contratos de distribución internacional, pero tampoco coincidimos con la corriente que fundamenta que los contratos de distribución tienen como elemento principal o esencial la colaboración empresarial³⁹⁶. Además, está claro que el propósito de colaboración está estrechamente relacionado y dependiente de la ejecución de una doble compraventa porque para que el contrato de distribución fluya es necesario la observancia de la compraventa entre distribuidor y fabricante y la compraventa entre distribuidor y consumidor final.

Por lo tanto, consideramos que el contrato de distribución está formado por varios trazos, pero todos ellos convergen a un mismo punto, que es la compraventa y reventa, porque si no hay compraventa y reventa de mercaderías *inter partes*, el contrato pierde totalmente su sentido de existir, ya que el contrato de distribución son esencialmente contratos de compraventa con pactos adicionales³⁹⁷, que tiene como

³⁹⁵ En este sentido, IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS, «Notas sobre el estudio del contrato de concesión mercantil», en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Uría, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1978, pp. 250 – 281; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 408.

³⁹⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 408.

³⁹⁷ ENRICH, ENRIC MOLS Y MALET, JAIME, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías», Revista Jurídica de Catalunya, Any XC-Núm. 1, Barcelona, 1991, pp. 133-150; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p.

objetivo además de garantizar futuras ventas, disminuir las trabas formales realizar un contrato para cada pedido, elevando así las probabilidades de una mayor facturación, puesto que este es el gran objetivo³⁹⁸. Por este motivo, los contratos de distribución se han convertido en una de las estrellas de la contratación en el comercio internacional, y surgen cuando se pretende establecer entre las partes un vínculo de colaboración más fuerte y con la garantía del cumplimiento, debido las consecuencias jurídicas³⁹⁹.

408. «El contrato de distribución, en su conjunto presenta una estructura claramente distinta del contrato de compraventa». Sin embargo, pese la opinión del autor cuanto la diferencia de estructura de los contratos, añade que: «No obstante, teóricamente este hecho no tendría por qué excluir de forma irreversible la aplicación del Derecho uniforme».

³⁹⁸ ENRICH, ENRIC MOLS Y MALET, JAIME, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías», Any XC-Núm. 1, Barcelona, 1991, pp. 133-150; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 409.

³⁹⁹ La principal obligación del distribuidor es la promoción de compra de sus mercaderías, consecuentemente está estimulando la promoción de compra de las mercaderías del fabricante. Así lo ha confirmado la sentencia del STS del día 18 de marzo de 2004: «la capacitación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del fabricante debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último por una posible fidelidad mutua del comprador a su marca, sino también el propio concesionario porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia, beneficiándose ambas partes»

CAPÍTULO III

CAPÍTULO III

LA APLICACIÓN DE LA CISG A LOS CONTRATOS MARCO DE DISTRIBUCIÓN: LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y EL PRECIO

I. La aplicación de la CISG al contrato marco de distribución aunque no especifique el elemento esencial del contrato - El precio.....	173
1. La falta de precisión de la oferta en los contratos de distribución <i>Vs</i> la precisión exigida por el artículo 14 de la CISG.....	173
2. El orden de revisión de los artículos 12 y 51 del Proyecto de UNCITRAL, alteró sustancialmente el rumbo de la formación del contrato internacional.....	175
II. Problemas interpretativos de los artículos 14 y 55 de la CISG.....	179
1. HONNOLD <i>Vs</i> ALLAN FARNSWORTH.....	184
2. La interpretación y la integración de las lagunas.....	191
3. La interpretación de los contratos con precio abierto.....	196
4. Interpretación de declaraciones u otros actos de las partes.....	201
5. La cantidad y el precio establecidos de acuerdo con los <i>usos y prácticas</i> aplicables al contrato	206
III. Principio de la conservación de los contrato.....	212
1. Los Principio UNIDROIT.....	215
2. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos.....	222
IV. Validación por los Tribunales. Contrato sin precio.....	229

LA APLICACIÓN DE LA CISG A LOS CONTRATOS MARCO DE DISTRIBUCIÓN: LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y EL PRECIO

I. LA APLICACIÓN DE LA CISG AL CONTRATO MARCO DE DISTRIBUCIÓN AUNQUE NO ESPECIFIQUE EL ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO - EL PRECIO

Uno de los motivos de rechazo de la aplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución que podemos encontrar, y que pasaremos a tratar a continuación, es el referente a la falta de los elementos esenciales del contrato en los contratos marco de distribución, específicamente la falta de definición del precio, según lo establecido en el artículo 14 de la CISG⁴⁰⁰. Sabemos que la doctrina también argumenta la falta de la exactitud en las cantidad de mercaderías, sin embargo en este trabajo, trataremos específicamente de la falta del precio en los contratos, ya que los argumentos utilizados para la falta del precio, igualmente valen para que sean aplicados a la falta de cantidad en los contratos marco de distribución. No obstante, para que el trabajo no resulte repetitivo trataremos del análisis de la falta de precio en los contratos marco de distribución y en momentos puntuales haremos mención a las cantidades de las mercaderías⁴⁰¹.

1. LA FALTA DE PRECISIÓN DE LA OFERTA EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN VS LA PRECISIÓN EXIGIDA POR EL ARTICULO 14 DE LA CISG

⁴⁰⁰ Artículo 14, 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos..

⁴⁰¹ Vid. Ítem 3.2 Argumentos que justifican el rechazo de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, sub epígrafe III, p. 71 de este trabajo.

La doctrina, en este sentido considera que el artículo 14 de la CISG exige una precisión en la oferta en cuanto al precio y añade que la precisión de este requisito, en los casos de contrato de distribución, es labor de difícil cumplimiento. Se afirma que resulta complejo, cuando no imposible, determinar el número de contratos de compraventas que serán realizadas a lo largo de la vigencia del contrato marco, ya que los contratos de distribución, en general, son contratos a largo plazo con varias compraventas futuras. De lo anterior deriva que el contrato marco no siempre pueda especificar con exactitud el precio y la cantidad que son bajo la óptica del artículo 14.1 de la CISG elementos esenciales de la oferta y del contrato⁴⁰².

Por ello, la doctrina argumenta que como la oferta del contrato de distribución no cumple con los requisitos precisos establecidos en el artículo 14 de la CISG no se aplica la CISG a los contratos de distribución. Y es precisamente esta falta de precisión de la oferta, específicamente en los contratos marco, porque en los contratos de compraventa que hacen parte del contrato de distribución, sí que hay el precio, que para la doctrina es motivo suficiente para justificar la inaplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución.

Sin embargo, aparte de lo que trataremos a continuación, pero de forma preliminar nos gustaría señalar como punto de partida las palabras de PILAR PERALES VISCASILLAS⁴⁰³ *«existe una confusión en la jurisprudencia sobre esta cuestión ya que se determina la inaplicabilidad de la CISG sobre la base de la inexistencia de los elementos esenciales. Sin embargo, la necesidad de concurrencia de dichos elementos se liga con la formación del contrato, cuando la cuestión en realidad se*

⁴⁰² MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, pp. 37-39. En este sentido, el autor justifica el rechazo a la inaplicación de la CISG con los siguientes argumentos: «Lo cierto es que el art. 14 de la CISG exige precisión en la oferta de venta. Cuestión ésta de difícil cumplimiento en sede de distribución, toda vez que, sea un contrato relativo a una gama de productos, sea relativo a un único producto contractual, las partes se encuentran con dificultades para definir el conjunto de su cantidad desde el momento en que serán las necesidades y el capital disponible del distribuidor que determinen, junto con la planificación de la red de distribución que haya hecho el fabricante».

⁴⁰³ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETI LALLAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

enlaza con el ámbito de aplicación de la Convención. Por ello, los contratos marco que estructuran las obligaciones de las partes principalmente en torno a la compraventa han de entenderse gobernados por la Convención».

Mismo siendo consientes que la cuestión crucial de aplicabilidad o inaplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución no está ligada a los requisitos de formación del contrato y sí al ámbito de aplicación, estudiaremos las posibles soluciones que la CISG ofrece para los casos en los cuales, aunque pasen por el ámbito de aplicación de la CISG, y se encuentran con la barrera de los requisitos del artículo 14 de la CISG, exigiendo pues, los elementos esenciales del contrato.

2. EL ORDEN DE REVISIÓN DE LOS ARTÍCULOS 12 Y 51 DEL PROYECTO DE UNCITRAL, ALTERÓ SUSTANCIALMENTE EL RUMBO DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL

Según el artículo 14 de la CISG, una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. Ocurre que, en los contratos de distribución muchas veces es difícil indicar el precio de las mercaderías en el contrato marco de distribución porque en algunas situaciones es complicado prever el volumen de transacciones comerciales, quedando pues, los contratos de distribución con precio abierto.

Ocurre que la CISG en su artículo 55 ofrece la solución para los contratos con precio abierto y sobre este tema parte de la doctrina defiende que el artículo 55 contradice al artículo 14. Entonces antes de entrar en el foco de la cuestión, que es la posibilidad de aplicación de la CISG a los contratos de distribución, trataremos sobre la posibilidad de una convivencia armónica entre los artículos 14 y 55 en la CISG.

La CISG en este punto, nos vuelve a sorprender porque consiguió resolver de forma diplomática el problema de los contratos con precio abierto. Para entender cómo la CISG armonizó el «inconveniente» de los contratos con precio abierto,

tenemos que entender el orden de revisión que se produjo en los artículos 12 (actual artículo 14 de la CISG) y 51 (actual artículo 55 de la CISG), del Proyecto de UNCITRAL, que afectó al transcurso de los trabajos y generó consecuencias importantes para la formación del contrato internacional.

Durante los trabajos de revisión de la Convención de Viena de 1980, primero fue revisado el artículo 12 del Proyecto (que corresponde en el actual artículo 14) y se acordó dejarlo según estaba, es decir estableciendo una serie de requisitos para que la oferta sea considerada como tal. Después que el artículo 12 ya había sido revisado y aprobado, empezaron los trabajos con el artículo 51 (que corresponde en el actual artículo 55) que regulaba el elemento precio de la oferta. En este punto, empezaron los problemas porque el artículo 51 del Proyecto debía ser revisado en armonía con el artículo 12, el cual ya había sido revisado y aprobado, y aparentemente eran contradictorios⁴⁰⁴.

En la Conferencia celebrada en Viena, muchas cuestiones fueron debatidas, pero una de las que fue objeto de larga discusión estaba relacionada con la posibilidad que tienen las partes de celebrar un contrato de compraventa sin la fijación, ni expresa ni tácitamente, del elemento precio, lo que regulaba el artículo 51. Factor éste, que los países con normas rígidas, como por ejemplo, Francia y aquellos que recibieron influencia de su Código Civil, no aceptaban la celebración del contrato sin que el elemento precio hubiera sido establecido⁴⁰⁵. Por el contrario, los países con sistemas jurídicos flexibles (*common law*) estaban plenamente de acuerdo con la validez del contrato sin la fijación del precio, pues esta realidad ya formaba parte de su mundo jurídico.

⁴⁰⁴ Comentario sobre el proyecto de convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Documento A/ CONF. 97/5, pp. 22 y 49.

⁴⁰⁵ Informe de la primera comisión. Documento A/CONF. 97/11, pp. 129-131. Francia (A/CONF/97/C.1/L.205) directamente vota por suprimir el artículo. Argentina, España y Portugal (A/CONF/97/C.1/L.200) sugirió cambiar el texto por «Si no hubiese filado el precio ni estipulado, expresa o tácitamente, un medio para determinar, y no fuese aplicable a la formación del contrato la Parte II de esta Convención sino una ley que admita en tales casos la existencia de contrato de compraventa, el comprador deberá pagar el precio generalmente cobrado por el vendedor en el momento de la celebración del contrato. Si no se puede determinar ese precio, el comprador deberá pagar el precio cobrado generalmente en aquel momento por las mismas mercaderías vendidas en circunstancias semejantes.

Durante el periodo de estudios y elaboración de la CISG, los conflictos continuaron, ahora ya efectivamente entre los artículos 14 y 55 de la CISG, los cuales perduran hasta el día de hoy. El artículo 14 CISG señala que en la oferta debe existir el elemento precio, mientras que el artículo 55 CISG establece que el contrato puede ser válidamente perfeccionado sin el precio, pero debe respetar las reglas impuestas por la Convención⁴⁰⁶.

En relación a la historia del artículo 14 CISG se puede decir que hubo una verdadera evolución jurídica a lo largo del tiempo. Su primera aparición fue en 1958 en el artículo 3 del Proyecto de La Haya, convirtiéndose posteriormente en el artículo 4 de la Ley Uniforme sobre la Formación de contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUF-ULF). Con el proyecto de elaboración de la Convención de Viena, el artículo 3 de la ULFC se transformó en el artículo 12⁴⁰⁷ del Proyecto de UNCITRAL, para finalmente pasar ser el actual artículo 14 CISG⁴⁰⁸.

Por otro lado, los antecedentes del artículo 55 CISG se encuentran en el artículo 67 del Proyecto de 1956. Este antecedente exigía al comprador pagar el precio habitual aplicado por el vendedor en el momento de la celebración del contrato, o en su defecto un precio razonable basado en el mercado de precios

⁴⁰⁶ Número del caso 134, número de la CLOUT 10, Oberlandesgericht Munchen, Alemania, 8 de marzo de 1995. Se trata del caso «cátodos». Las partes fijarán que el precio de los cátodos de cobre-níquel se determinaría tomando como base el precio señalado por la bolsa de metales de Londres. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CISG (CLOUT), Naciones Unidas Asamblea General, 2010, p. 5. Página web: www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V96/853/33/IMG/V9685333.pdf?OpenElement.

⁴⁰⁷ El cual indica que: «1. Una propuesta para concluir un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituye una oferta siempre que esté suficientemente definida y expresa la intención del oferente de vincularse en caso de aceptación. Una propuesta está suficientemente definida si indica las mercaderías y expresa o tácitamente formula los criterios para determinar el precio.

2. La propuesta que no vaya dirigida a una o más personas concretas debe ser considerada simplemente como una invitación a la realización de oferta, salvo que la persona que formule la propuesta indicara claramente lo contrario».

⁴⁰⁸ Artículo 4 de la LUF: «1. La comunicación que se dirija a una o más personas determinadas con el objetivo de celebrar un contrato de venta, no constituirá una oferta a menos que esté suficientemente definida para determinar la celebración del contrato por medio de aceptación, e indique la intención del oferente de quedar obligado.

2. Esta comunicación puede ser interpretada refiriéndola o complementándola con las negociaciones preliminares, con las prácticas que las partes hayan establecido entre sí, con el uso y con cualquier disposición legal aplicable a los contratos de venta».

corrientes. Esta misma solución fue adoptada por el artículo 57⁴⁰⁹ de la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUVI) que también fue fuente de inspiración para el Proyecto de UNCITRAL (1964)⁴¹⁰.

La evolución no fue sólo de los artículos, sino también se observó un gran cambio con relación a la determinación del precio. Para esto, tras muchas discusiones, llegaron a un acuerdo común en excluir el método alternativo de determinación del precio, razonable, generalmente cobrado por el vendedor en el momento de la celebración del contrato. Si no se podía determinar el precio, el comprador debería pagar el precio generalmente cobrado en el mercado por circunstancias semejantes, es decir, excluir la autonomía del vendedor de fijar el precio, cambiando por una toma de decisión en conjunto⁴¹¹. Se trata de un cambio muy valioso para la relación entre vendedor y comprador porque hace que haya un equilibrio en la relación contractual, ya que la decisión de fijar el precio no depende del vendedor y sí de una decisión conjunta⁴¹².

Si consideremos el tema de forma superficial, podemos llegar a pensar que se trata de una ambigüedad de los artículos o una mala elaboración de la CISG, en este

⁴⁰⁹ Artículo 57 de la Convención relativa a una ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías de 1964: «Cuando la venta se celebra sin que el precio haya sido fijado ni se haya estipulado un medio para determinarlo, el comprador deberá pagar el precio que el vendedor habitualmente cobrará al momento de la celebración del contrato».

⁴¹⁰ Ambas leyes uniformes forman parte de la Convención de La Haya de 1964, que entró en vigor en 1972, pero sin excesivo éxito tanto en lo que se refiere a su aceptación. La falta de aceptación, fundamentalmente fue debido a la escasa representación mundial en su elaboración, y la marcada influencia romanista de los delegados. También se indicó como causa del fracaso la falta de participación de países del este europeo y de los llamados en vía de desarrollo, consecuencia de ello, hicieron de las Leyes Uniformes unas normas para los países desarrollados. Vid. EORSI, GYULA, página *web*: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb55.html>.

⁴¹¹ Artículo 51 del Proyecto de Convención 1978. «Si el contrato ha sido válidamente celebrado sin que en él se haya fijado el precio ni se haya estipulado expresa o tácitamente un medio para determinarlo, el comprador deberá pagar el precio generalmente cobrado por el vendedor en el momento de la celebración del contrato. Si no se puede determinar en aquel momento por las mismas mercaderías vendidas en circunstancias semejantes».

⁴¹² Artículo 55 de la CISG «Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencias implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate».

punto. Sin embargo, mirando un poco más allá, se percibe, que en realidad, se trata de conflictos entre sistemas jurídicos, es decir, una «guerra» jurídica entre dos potencias a la que podríamos llamar metafóricamente la «I Guerra Mundial Jurídica». Es la primera y la más larga, porque empezó en el año 1969 cuando un grupo de trabajo fue creado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con el objetivo de promover la armonización y unificación de las leyes del comercio internacional y cuya vigencia dura hasta el día de hoy.

Durante la Conferencia Diplomática hubo un esfuerzo considerable entre los representantes de ambos sistemas jurídicos por conseguir un texto uniforme que fuera adaptable a todo el mundo. Y el desafío más importante era conseguir la armonización de los artículos 14 y 55 CISG, ya que las diferencias mirando de forma superficial eran claras entre ambos artículos.

A continuación se realizará un análisis de la posible contradicción entre los artículos 14 y 55 CISG y consecuentemente la comprobación que el argumento de la falta de precisión de los contratos de distribución, no sería un argumento razonable para la inaplicación de la CISG a los contratos de distribución. Para ello se procederá al estudio de los artículos 14 y 55 CISG, haciendo una interpretación comparada con los artículos 7, 8 y 9 CISG, así como el Principio de la Conservación del contrato, los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Europeo de contratos.

II. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 55 DE LA CISG

Referente a la interpretación de la CISG, el artículo 7.1 establece que a la hora de interpretar el texto de la Convención de Viena se debe llevar en consideración tres principios: el carácter internacional, el objetivo de promover la uniformidad y la promoción de la buena fe en el comercio internacional. La uniformidad de la interpretación de la CISG y sobre todo, el carácter internacional de la misma, obligan a que esta Convención no siga los criterios de interpretación de ningún ordenamiento jurídico nacional, es decir, la CISG orienta que su interpretación sea autónoma y amparada por los criterios de la propia Convención.

El objetivo de llevar una interpretación autónoma y de carácter internacional, se debe producir estrictamente, especialmente en el caso del derecho mercantil, por dos motivos: En primer lugar por la influencia determinante de los grandes grupos jurídicos: el anglosajón, el del derecho continental latino y el germánico⁴¹³. Y en segundo lugar, porque existen diferencias conceptuales entre el Derecho mercantil continental y anglosajón, sobre todo, la práctica de la *societas mercatorum* por la que se regulan. Sin embargo, la CISG no menciona los métodos de interpretación que deben emplearse en esta hermenéutica uniforme, ni la jerarquía que debe darse entre ellos, por lo que no podemos hablar de una tipología legal de dichos métodos que lleven aparejada consecuencias jurídicas⁴¹⁴.

En este sentido, llevando en consideración las pautas de interpretación de la CISG, y con el objetivo de llegar a una interpretación uniforme, carácter internacional y el objetivo de promover la buena fe en el comercio internacional, traemos a la discusión el problema interpretativo entre los artículos 14 y 55 CISG.

Ante la situación planteada, el problema de interpretación entre los artículos 14 y 55 CISG hacen referencia al precio, veamos ambos artículos.

El artículo 14 CISG, define en su contenido qué es una oferta:

«La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos»

Ya el artículo 55 CISG, autoriza la existencia de un contrato con precio abierto, estableciendo:

⁴¹³ Este conjunto de grupo jurídico extendió sus influencias a todo el mundo, eliminando del ámbito comercial internacional otras familias jurídicas como la de países de economía planificada, la de Extremo Oriente o islámica.

⁴¹⁴ MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Editora Granada, Granada, 2004, p. 103.

«Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate».

Como podemos observar, el artículo 14 de la CISG, exige que para una propuesta constituya una oferta que la propuesta debe indicar el precio, ya sea explícita o implícitamente, o en defecto de lo anterior, que la propuesta permita la determinación del precios⁴¹⁵. Mientras tanto, el artículo 55 de la CISG establece que el contrato puede ser válidamente celebrado, incluso sin hacer referencia al precio.

Sobre este tema no hay una uniformización en los diversos sistemas jurídicos, puesto que ellos no coinciden acerca de este punto. El Derecho estadounidense (sección 2-305 UCC⁴¹⁶), el inglés (artículo 8 Sale of Goods Act⁴¹⁷), el alemán (pfo. 317 BGB), el austriaco (pfo. 1054 ABGB), el italiano (art. 1474 CC), el brasileño (arts. 485, 486, 487 y 488 CC) y el suizo (art. 212-1 COS) son ejemplos de países que permiten la perfección del contrato sin el precio definido. En cambio, el ordenamiento jurídico español (arts. 1449 y 1450 CC) no permite la celebración de un contrato sin que el precio sea determinado o determinable.

⁴¹⁵ KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *Formation of the Contract*. Comentado por FRANCO FERRARI, artículo 14, C.H.Beck·Hart·Nomos, Múnich, 2011, p. 227.

⁴¹⁶ *Uniform Commercial Code*, la sección 2 - 305 (Open Price term): «The parties it they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such case the price is a reasonable Price at the time of delivery if Nothing is said as to price; or The price is left to be agreed by the parties and they fail to agree; or The price is to be fixed by terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and is not set or recorded. Where however, the parties intend not to be bound unless the price be fixed or agreed and it is not fixed or agreed there is no contract. In such a case the buyer must return any goods already received or if unable so to do must pay their reasonable value at the time of delivery and the seller must return any portion of the price paid on account».

⁴¹⁷ Sale of Good, article 8:

(1) The Price in a contract sale may be fixed by the contract, or may be left to be fixed in a manner agreed by the contract, or may be determined by the course of dealing between the parties.
(2) Where the Price is not determined as mentioned in subsection (1) above the buyer must pay a reasonable price.
(3) What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case.

Identificada la falta de consenso entre los sistemas jurídicos de los diversos países, y después de conocer la génesis de los dos artículos (14 y 55 CISG)⁴¹⁸, podemos decir que la coexistencia de ambos artículos es una solución diplomática encontrada por los creadores de la CISG, donde sus integrantes provenían de juristas de los dos sistemas jurídicos (*commom law* y *civil law*), para agradar a ambas corrientes, y por consiguiente, conseguir la aprobación del texto vienes por el mayor número de Estados contantes.

Para los integrantes del sistema de *civil law* conviene la aplicación del artículo 14 CISG, ya que, se exige la existencia de todos los elementos esenciales de una oferta, y claro la del elemento precio, que sea determinado o al menos determinable. Y para aquellos que componen el sistema de *commom law* se ajusta mejor la aplicación del artículo 55 CISG⁴¹⁹.

En el curso normal de un contrato de compraventa el precio debe estar fijado en él, bien por el vendedor, bien por el comprador, bien fruto de una negociación entre ambos o bien por un tercero, pero al final se debe llegar a un denominador común, hasta porque para que un contrato de compraventa se perfeccione, en líneas generales, es necesario que se pague el precio de las mercaderías y se reciban en las condiciones pactadas en el contrato. Sin embargo, existen situaciones en la formación del contrato de compraventa que, por circunstancias adversas, la fijación del precio no es posible en el momento de celebración del contrato.

Por ejemplo, encontramos la imposibilidad de fijar los precios en los contratos de distribución concluidos para un largo periodo. En estos casos, el precio es más susceptible de sufrir variaciones y por consiguiente más difícil que sean previstos. Tal imprevisibilidad se debe a algunos motivos: El principal motivo es la duración del contrato, el elemento tiempo influye en diversas vertientes. Por ejemplo,

⁴¹⁸ Pág. 8 de este trabajo. «b) El orden de revisión de los artículos 12 y 51 del Proyecto de UNCITRAL, alteró sustancialmente el rumbo de la formación del contrato internacional».

⁴¹⁹ Teniendo la opción de hacer la reserva del artículo 92 CISG. Artículo 92 CISG «1. Todo Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención. 2. Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración».

si estamos tratando de productos perecederos en general, como los productos alimenticios frescos (leche, fruta, verdura, etc), el tiempo interfiere directamente en la calidad de las mercaderías al requerirse una agilidad mayor en la ejecución de las prestaciones. También encontramos ejemplos de mercaderías que se ven sometidas a una alta volatilidad y fluctuación del precio como sucede con las materias primas como el petróleo, gas y carbón. Como también podemos observar la fluctuación del precio en función de la demanda. Estas mercaderías, en la práctica cuando se trata de contratos por tiempo muy largo, se ven aquejadas de la dificultad de fijar el precio en momento de la formación del contrato. Otro motivo, que puede ser decisivo a la hora de marcar el precio es la situación económica que el país atraviese en el momento de la definición del precio.

Entonces, la CISG siendo consiente de las exigencias del mercado y de la necesidad de satisfacer los intereses del sistema jurídico *commom law* estableció una solución para el problema de los contratos sin precio⁴²⁰. Surgiendo así, el artículo 55 que proporciona una solución a la hora de establecer el precio, en los casos de silencio en cuanto a este elemento durante la formación del contrato.

Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia han ido perfilando el campo de aplicación del artículo 55 CISG. Se aplica, en particular, cuando se verifica la intención de las partes de celebrar un contrato, aunque no se haya llegado a un acuerdo sobre la determinación del precio⁴²¹. Así, según el artículo 55, lo importante es la voluntad de perfeccionar el contrato de compraventa, siendo que en estas situaciones se aplicará el precio generalmente cobrado en el momento de la perfección del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias similares,

⁴²⁰ Según SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo II, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 1401. «La CISG está preparada para conocer contratos con precios abiertos si las partes tienen la intención común de estar vinculados por su contrato»

⁴²¹ Número del caso 215, número de la CLOUT 18, Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de Julio de 1997. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CISG (CLOUT), Naciones Unidas Asamblea General, 2010, p. 3. Página web: www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V98/553/64/PDF/V9855364.pdf?OpenElement. Tal artículo funciona como elemento integrador, promoviendo el principio de la conservación del negocio jurídico, en consecuencia generando seguridad jurídica en la relación entre los empresarios. La conjunción de los artículos 14 y 55 de la CISG trata de un mecanismo subsidiario de fijación del precio en los casos en que se pueda observar la prevalencia de la voluntad de vinculación de los contratantes sobre los elementos esenciales del negocio.

en el tráfico mercantil del que se trate, o por un tercero, etc. De alguna forma el precio tendrá que ser determinable, mientras tanto, no hace falta formular grandes teorías para determinar el momento exacto de la fijación del precio, puesto que de una manera u otra, el precio tiene por obligación ser establecido, para que el comprador pueda pagar las mercancías al vendedor⁴²².

Para una mejor comprensión del tema y situarnos, es importante exponer el posicionamiento de las dos corrientes doctrinarias más importantes que tratan del asunto y las defienden bajo sus diferentes puntos de vista.

1. HONNOLD VS ALLAN FARNSWORTH

En la tentativa de encontrar una explicación al tema, surgieron dos corrientes doctrinarias: una de ellas liderada por el profesor HONNOLD y la otra por el profesor ALLAN FARNSWORTH.

Sobre los puntos de vista controvertidos sobre los contratos con precio abierto, HONNOLD defiende que los artículos 14 y 55 de la CISG son armónicos y deben ser trabajados conjuntamente. Sin embargo, ALLAN FARNSWORTH defiende que no es posible la armonización de estos dos artículos, porque el artículo 55 de la CISG es una contradicción a la regla establecida en el artículo 14 de la CISG⁴²³.

⁴²² Número del caso 106, número de la CLOUT número 8, Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994; Número del caso 343, número de la CLOUT 32, Landgericht Darmstadt, Alemania, 9 de mayo de 2000. El demandante, un vendedor alemán, suministró 8.000 grabadoras de vídeo y otros aparatos eléctricos al demandado, un comprador suizo. El comprador se quejó de que las grabadoras tenían defectos, por este motivo las partes acordaron la reducción del precio de las mercaderías. Sin embargo, el comprador manifestó que había más defectos y por eso se negó a pagar el precio de la compra. Consecuentemente el vendedor lo demandó. Referente el precio, el Tribunal declaró que las partes habían convenido un precio concreto de compra y que no habían hecho ninguna referencia implícita al precio generalmente cobrado por esas mercancías (artículo 55 de la CISG). Dado que la CISG preveía libertad contractual, no se podía determinar si el precio de compra correspondía o no al precio actual en el mercado. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CISG (CLOUT), Naciones Unidas Asamblea General, 2010, p. 4. Página web: www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V95/604/95/PDF/V9560495.pdf?OpenElement.

⁴²³ Número del caso 139, número de la CLOUT 10, Arbitraje - Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional, laudo N.º 309/1993 de la cámara de comercio e Industria de la Federación de Rusia, 3 de marzo de 1995. «Una empresa austriaca (demandante) interpuso contra una empresa (demandada) una acción por los daños y perjuicios resultantes de la negativa de esta última a entregar determinada cantidad de mercaderías. El demandado rechazó su responsabilidad, basándose en que el demandante y él no

Además, en este sentido, defiende que el artículo 55 de la CISG fue proyectado para el uso de los Estados que hagan la declaración del artículo 92 de la CISG, que no se vincula a la parte II, excluyendo el polémico artículo 14 de la CISG⁴²⁴.

Como puede observarse, la corriente acogida por el profesor ALLAN FARNSWORTH, defiende que la CISG, en este punto, está totalmente equivocada, ya que los artículos anteriormente citados son completamente divergentes. En su opinión, para que una propuesta sea considerada suficientemente precisa es necesario que el precio sea indicado expresa o tácitamente, que se le señale o prevea un medio para determinarlo. Lo que se opone con lo establecido el artículo 55 de la CISG, ya que admite lo contrario de lo que se determinado en el artículo 14 de la CISG⁴²⁵.

habían llegado a tal acuerdo. Al resolver la controversia, el Tribunal observó que, en virtud del artículo 14 de la Convención de Viena, la propuesta de concertar un contrato debía ser suficientemente precisa. Se consideraba que lo era si indicaba las mercaderías y señalaba, expresa o tácitamente, la cantidad y el precio, o preveía el medio para determinarlos. Una comunicación del demandado por télex, relativa a la entrega de las mercaderías en un plazo determinado, indicaba la naturaleza de esas mercaderías y su cantidad, pero no el precio ni la forma de determinarlo. La indicación en el télex de que el precio de las mercaderías se convendría diez días antes de comenzar el nuevo año no podía interpretarse como una forma de determinar su precio, sino que era simplemente expresión del consentimiento en determinar ese precio en una fecha futura por acuerdo entre las partes. El demandante, que confirmó el contenido de la comunicación por télex, había expresado de ese modo su consentimiento en que el precio de las mercaderías quedase sujetos un nuevo acuerdo. El Tribunal observó también que, en aquel caso concreto, no era aplicable el artículo 55 de la Convención que permitía determinar el precio de las mercaderías cuando no se hubiera señalado expresamente ni tácitamente o el contrato no estipulara un medio para determinarlo, porque las partes habían indicado tácitamente la necesidad de llegar a un acuerdo futuro sobre el precio». www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V96/853/33/IMG/V9685333.pdf?OpenElement.

⁴²⁴ Con base en el principio de la autonomía de la voluntad, consagrada de forma específica por la Convención de Viena en su artículo 6 CISG todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la parte III de la presente Convención. Precepto que señala la posibilidad de que las partes excluyan su aplicación en general o, excepcionalmente cualquier precepto concreto. IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL, *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 35. El artículo 92 CISG: 2. Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración.

⁴²⁵ Número del Caso 134, número de la CLOUT 10, Oberlandesgericht München, Alemania, 8 de marzo de 1995. En este caso se aplicó los principios generales de la Parte II, en lugar del derecho nacional aplicable en virtud del derecho internacional privado, a una operación entre un vendedor finlandés y un comprador alemán. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CISG, Naciones Unidas Asamblea General, 2010, p. 5. www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V96/853/33/IMG/V9685333.pdf?OpenElement.

Abriendo un paréntesis para explicar la reserva del artículo 92, la CISG prevé la posibilidad que los Estados que lo deseen puedan excluir la Parte II (formación del contrato) o la Parte III (compraventa de mercaderías) por vía del artículo 92 de la CISG.

1. Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención.

2. Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración.

Esta disposición está inspirada por el deseo de favorecer la mayor participación de los Estados permitiendo que se sustraiga de aquella parte la Convención de Viena que no consideren satisfactoria para sus intereses.

En este sentido, según el profesor ALLAN FARNSWORTH el artículo 55 de la CISG sólo será aplicado en los supuestos en los que se hayan establecido el uso de la reserva del artículo 92 de la CISG⁴²⁶.

Cerrando el paréntesis y continuando, la corriente defendida por FARNSWORTH defiende una línea muy rígida en sus convicciones, porque la jurisprudencia viene probando que es perfectamente posible la armonización de los artículos 14 y 55 de la CISG en los casos en que nada se dice respecto del precio en el contrato, pero que se verifica la intención de las partes de establecer un contrato. La jurisprudencia entiende que en la falta de indicación del precio, las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, es decir se presume que los contratantes han hecho

⁴²⁶ CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de ley uniforme sobre la venta», *Anuario de Derecho Civil*, XI, 1958, pp. 1022-1026.

una referencia implícita en su oferta al sistema de fijación del precio indicado en el artículo 55 de la CISG⁴²⁷.

Contrariamente a lo que se ha expresado anteriormente, está la segunda corriente, defendida por el Profesor estadounidense JONH HONNOLD y que en nuestra opinión es la más acertada desde de nuestro punto de vista. JONH HONNOLD plantea una interpretación interactiva, más moderna y propone una integración entre los dos artículos en cuestión. Además, entiende que la referencia al artículo 14 de la CISG a que por lo menos el precio esté implícitamente señalado se cumple por orden del artículo 55 de la CISG, estableciendo que dicho precio será el precio generalmente cobrado en el mercado de la perfección del contrato, por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil del que se trate⁴²⁸.

En un contrato generalmente se fija el precio que deberá ser pagado, o se establecen elementos en base a los cuales puede determinarse dicho precio⁴²⁹. Sin embargo, la falta de indicación o la falta de un medio para determinarlo, hace posible el uso del artículo 55 de la CISG, porque en pleno siglo XXI se debe primar por la efectividad y fluidez del comercio internacional que es el motor propulsor de la economía de un país. No podemos estar sujetos por normas estrictas e inflexibles,

⁴²⁷ Número del caso 556, número de la CLOUT 48, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16, No 783/2003, 27 de noviembre de 2003; Número del caso 215, número de la CLOUT 18, Tribunal Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 03 de julio de 1997; Número del caso 982, número de la CLOUT 98, China International Economic & Trade Arbitration Commission, China, 25 de diciembre de 1998; Número del caso 931, número de la CLOUT 93, Tribunal Federal de Suiza, 12 de julio de 2006 y 5 de abril de 2005; Número del caso 695, número de la CLOUT 65, U.S. Federal District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 29 de marzo de 2004; Número del caso 139, número de la CLOUT 10, Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, 3 de marzo de 1995; Número del caso 151, número de la CLOUT 11, Cour d'appel de Grenoble, Francia, 26 de febrero de 1995; Número del caso 106, número de la CLOUT 8, Tribunal Supremo Austria, 29 de noviembre de 1994; Número del caso 1451, número de la CLOUT 155, Suprema Corte Republica Checa, 26 de junio de 2008.

⁴²⁸ Obsérvese que este precio sería fijado con criterios objetivos, circunstancias del mercado internacional, «precio del mercado». Por ejemplo, una determinada empresa A, que se dedica a vender oro para fabricantes de joyas, hace una encomienda a la empresa B, que se dedica a la extracción de oro bruto. Como las dos empresas hacen negocios frecuentemente, siempre lo establecido es que el pago será efectuado en el valor del oro del día de la entrega de la mercadería (que se cotiza por la bolsa de valores). En este contrato nada fue establecido con relación al precio, entendiéndose, que el precio está implícitamente acordado y lo más importante, por la habitualidad de transacciones comerciales de las dos empresas, y de las demás empresas que trabajan con el mismo producto, siendo conocido en todo el comercio.

⁴²⁹ MADRID PARRA, AGUSTÍN. *Comentarios a los Principios Unidroit para los contratos del comercio internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2ª ed., 2003, pp. 285 y ss.

que hacen que el mercado se retrase delante de las grandes potencias mundiales del comercio, que son adeptas del sistema angloamericano - *Common law*. Las grandes empresas no pueden perder tiempo con tantos requisitos, reglas, normas, siendo éstas muy antiguas y rígidas para el mundo globalizado en el que vivimos actualmente⁴³⁰.

Desde un punto de vista jurídico y por todas las razones anteriormente expuestas, la explicación más plausible es la del profesor JONH HONNOLD, que defiende pese a que los artículos 14 y 55 de la CISG regulan cuestiones distintas, no son contradictorias y sí integradoras. Este posicionamiento es el que mejor se ajusta al mundo de los negocios de la actualidad⁴³¹.

En este sentido, es muy importante el valor de la jurisprudencia porque es a través de ella que observamos el comportamiento, los cambios, y la evolución de una sociedad. En este sentido, la jurisprudencia es un buen espejo del comportamiento de un grupo social. Las decisiones reiteradas son transformadas en jurisprudencia para que aquel nuevo comportamiento social que ha surgido sea reglamentado. Siendo las leyes, muchas veces ejemplos del derecho estático, que no acompañan la evolución social quedándose inaplicables⁴³². Por ese motivo que las grandes potencias del

⁴³⁰ Número del caso 556, número de la CLOUT 48, SAP Barcelona de 27 de noviembre de 2003. No se trata de un caso de compraventa, sobre un contrato de alquiler de equipos de esquí para un grupo escolar entre un particular y una agencia de viajes. Las partes discuten cuál es el precio que se han pagado por el alquiler de esquí. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona hace mención al artículo 55 de la CISG y indica que «*por la libertad formal y la rapidez de la contratación en el comercio, no es rara la circunstancia de que no se determine el precio*». Aunque la CISG no es aplicable directamente a los contratos en cuestión, hacer mención de la CISG refuerza su importancia en el mundo jurídico. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas, Diario de La Ley, N.º 6725, Sección Doctrina, 31 de mayo de 2007, Año XXVIII, Ref. D-128, Editorial LA, p. 5. (La ley digital360).

⁴³¹ Comparten esta misma corriente Díez-PICASO, LUÍS, op. cit., p. 10. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 358; EORSI, GYULA Y ADAME GODDARD, JORGE, *El contrato de compraventa internacional, México*, McGraw-Hill, 1994, p. 94; GARRO, ALEJANDRO, *L'application de la Convention de Vienne sur le continent américain*. www.cisg.Law.pace.edu/cisg/biblio/garro.html.

⁴³² Pensamos que en la historia jurídica del siglo XX ha habido teóricos del Derecho que en diversas ocasiones han tratado de descubrir el momento constitutivo de la experiencia jurídica, no tanto en cuanto a los ideales de justicia en que se inspiran los hombres o en que éstos dicen inspirarse, tampoco en lo relativo a los ordenamientos jurídicos positivos, sino más bien en la realidad social en la que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen las reglas de conducta que los gobiernan. En este sentido, BOBBIO trata que la norma jurídica puede ser sometida por distintas valoraciones: 1) Si es justa o injusta; 2) Si es válida o inválida y 3) Si es eficaz o ineficaz. BOBBIO, NOBERTO. *Teoría general del Derecho*. traducción Eduardo Roza Acuña, Madrid: Debate, 1996, p. 46.

mundo no están constantemente cambiando sus leyes o haciendo enmiendas, porque éstas valoran mucho más el caso concreto y a partir de ellas sacan lo esencial de la evolución de la sociedad, aplicando la resolución en casos futuros, siempre acompañando los cambios sociales⁴³³.

Por eso entendemos, que los artículos 14 y 55 de la CISG pueden perfectamente ser armónicos entre sí, por el simple motivo de no haber contradicción entre ellos⁴³⁴. Deben ser leídos conjuntamente, uno complementando al otro y no desde la visión del profesor FARNSWORTH, uno contradiciendo al otro. Se debe obedecer primeramente el artículo 14 de la CISG con todos los requisitos exigidos, en cambio, en los casos en los que no es posible la fijación del precio, si el contrato fuera válidamente celebrado y las partes se comprometieron a cumplirlo, se debe hacer uso del artículo 55 de la CISG para salvar el contrato, atendiendo al principio de la conservación del negocio jurídico⁴³⁵. O sea, en este caso, la norma contenida en el artículo 55 de la CISG debe ser siempre aplicada con carácter subsidiario respecto al artículo 14 de la CISG. Es fundamental que el artículo 55 de la CISG debe ser leído en relación con el artículo 14 de la CISG y no independientemente⁴³⁶. En este sentido, en caso de disputa entre el comprador y vendedor, se considerará que las

⁴³³ GABUARDI, CARLOS, *Open Price Terms in the CISG, the UCC and Mexican Commercial Law* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gabuardi.html> «I think that article 14 only establishes a rule for those cases in which the parties exchange «offers» and «acceptance» without making an express commitment to be bound even if the price has not been fixed, while article 55 establishes a rule for those cases in which the parties enter into an agreement in which they commit themselves to be bound by it, even though the price has not been fixed».

⁴³⁴ HONNOLD O., JONH, op. cit., p. 372.

⁴³⁵ CARIOTA FERRARA, LUIGI. *El negocio jurídico*. Trad. Manuel Albaladejo, Madrid: Aguilar, 1956, p. 325; LAFONT PIANETTA, PEDRO. *Manual de Contrato*. Tomo III, Contratación Internacional, Bogotá: Librería del Profesional, 2004, p. 271; LAVARRIEGA VILLANUEVA, PEDRO ALFONSO. «La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos». *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 112 (51-86), enero-abril 2007, p. 72. El principio de conservación de los contratos o *favor contractus*. La doctrina considera este principio como el principal entre las normas reguladoras de la interpretación objetiva del contrato. Como tal, se puede entender un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico.

⁴³⁶ Ejemplificando un caso; un empresario situado en Argentina celebra un acuerdo de compra de toda la producción de vino de la bodega X del año, especificando que el precio será calculado en el futuro. Ocurre que el año fue de muy mal tiempo y en consecuencia el precio de la botella de vino resultó mucho más cara de lo generalmente cobrado por el mercado. Se puede hacer uso del artículo 55 CISG para encontrar el precio generalmente cobrado en el mercado en los casos especiales, cuando la demanda es mayor que la oferta.

partes han hecho referencias implícitas⁴³⁷ al precio, generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil del que se trate⁴³⁸.

En relación a la aparente contradicción de los artículos 14 y 55 CISG, también es posible resolver el problema desde otro punto de vista, por ejemplo, haciendo el ejercicio de la autonomía privada reconocida por el artículo 6 CISG, es decir, cuando las partes hayan establecido celebrar el contrato sin determinar el precio, excluyendo la aplicación del artículo 14 CISG y dando prioridad al artículo 55 CISG. Aun habiendo algún problema de interpretación, lo más importante es

⁴³⁷ KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Obligations of the Buyer*. Comentado por PETRA BUTLER/ARJUN HARINDRANATH, artículo 55, C.H.Beck·Hart·Nomos, Múnich, 2011, p. 811. Vid FRITZ, ENDERLEIN Y MASKOV, DIETRICH, *Commentary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Ocean publications, 1992. «An implicit fixing of the price can be assumed, in particular, when the seller sells his goods according to price lists which the buyer knows or should know, or when constant prices were used in a continuing business relationship». (La referencia implícita se puede suponer, en particular, cuando el vendedor vende su mercancía, según las listas de precio que el comprador sabe o debería saber, o cuando los precios constantes se utilizan en una relación comercial continuada); Ruangvichathorn Jumpita, *Commentary on whether the UNIDIT Principles of International Commercial Contracts may be interpret on supplement article 55 of the CISG*. www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ruangvichathorn.html.

⁴³⁸ Número del caso 151, número de la CLOUT 11, Cour d'appel de Grenoble (ch. commerciale), Francia, 26 de abril de 1995, este caso es sobre un contrato de colaboración comercial. El colaborador era el representante e importador exclusivo de los productos de confitería exportados por la empresa italiana. Un año más tarde, la sociedad italiana rompió el acuerdo de colaboración, lo cual dio lugar a la demanda. Pese a ser un contrato de colaboración, el Tribunal hace mención al artículo 55 de la CISG, dice que: «la referencia al precio de mercado que figura en el artículo 55 de la CIM, en la medida en que dicho artículo sea aplicable al caso, pierde precedencia ante un acuerdo en contrario de las partes, así como también la pierden todas las disposiciones de la CISG, con excepción del artículo»; Número del caso 215, número de la CLOUT 18, *ezir sgericht St. Gallen*, Suiza, 3 de julio de 1997. En este caso las partes no habían fijado el precio, pero fue determinado por el Tribunal en aplicación del artículo 55 de la CISG; Número del caso 695, número de la CLOUT 65, District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Estados Unidos, 29 de marzo de 2004. El caso se trataba de un acuerdo de distribución. Un representante de un fabricante de contadores de gas con establecimiento en los Estados Unidos que acordó con una sociedad de Ucrania crear una empresa mixta con establecimiento en Ucrania. En el acuerdo se establecía que la empresa mixta tenía el derecho exclusivo de fabricar, instalar y distribuir contadores de gas en la antigua Unión Soviética. Después de algunos pedidos realizados por la empresa mixta, el fabricante interrumpió la entrega de un pedido y se negó a extender crédito a la empresa mixta, lo que puso término de hecho a la empresa mixta. La empresa mixta demandó al fabricante por incumplimiento de contrato. El fabricante se defendió argumentando que el contrato porque en él no se indicaban los elementos esenciales según el artículo 14 de la CISG. El Tribunal entendió que la CISG no era aplicable al contrato marco, pero sí al contrato de compraventa; Número del caso 547, número de la CLOUT 48, Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, N.º 223/2003, 22 de septiembre de 2003; Número del caso 828, número de la CLOUT 81, Court of Appeals of *er togenbosch*, Países Bajos, 29 de mayo de 2007; Número del caso 106, número de la CLOUT 8, número del caso 106, Tribunal supremo de Austria, 10 de noviembre de 1994.

someterlo a los principios generales del derecho, así como también es importante verificar la verdadera intención de las partes⁴³⁹.

Para una interpretación más completa, con el objetivo de demostrar que entre los artículos 14 y 55 de la CISG hay una convivencia integrada, y al final de esta constatación, consecuentemente llegaremos a nuestro objetivo que es rebatir los argumentos que son utilizados para justificar la no aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional, puesto que, como ya hemos visto uno de los argumentos de rechazo es la falta de precisión de los contratos de distribución cuanto al precio⁴⁴⁰.

Para esto, y con el objetivo de fortalecer nuestros argumentos, haremos uso de los artículos 7, 8 y 9 de la CISG, que son artículos responsables, respectivamente, por la interpretación y la integración de las lagunas de la Convención de Viena, interpretación del contrato e integración del contrato.

2. LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS

Los artículos 7⁴⁴¹, 8⁴⁴² y 9⁴⁴³ están dispuestos en la Parte I del Capítulo II (Disposiciones Generales). Las Disposiciones Generales en la Convención de Viena

⁴³⁹ Artículo 6 CISG: Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. Con esta norma se establece el principio regulador de la autonomía de la voluntad de vendedor y comprador: ésta prevalece sobre lo dispuesto por la convención, que puede ser excluida en su totalidad, en parte o incluso en disposiciones singulares y esto se ha justificado como una aplicación particular de un principio general de Derecho internacional privado; aún más, la norma reconoce el carácter esencialmente dispositivo del derecho del comercio internacional y en particular de la reglamentación jurídica de la venta internacional. MARÍN LÓPEZ, ANTONIO, «La protección de la parte más débil en la contratación internacional», *Anuario de Derecho Civil*, N.º 2, 17 al 23 de mayo de 1999, pp. 509-510.

⁴⁴⁰ En este sentido, vease el caso número 695, número de la CLOUT 65, District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Estados Unidos, 29 de marzo de 2004. El Tribunal llegó a la conclusión de que la CISG no regula los acuerdos de distribución porque esos acuerdos proporcionan un marco para las ventas futuras, pero no determinan condiciones precisas de precio y cantidad. Distinguió no obstante entre el acuerdo marco y los contratos particulares de ventas celebrados de conformidad con ese acuerdo: el primero no entra dentro de la CISG, pero los segundos sí podrían hacerlo.

⁴⁴¹ Artículo 7 CISG: 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ellas se dirimirán de conformidad con los

tienen el objetivo de regir la interpretación, tanto para los artículos de la propia ley uniforme, como para los contratos, actos y costumbres de las partes⁴⁴⁴.

Las reglas de la interpretación de la CISG juegan un papel importante, porque para que una ley uniforme tenga éxito es fundamental que las fuentes de su interpretación también sean uniformes, y en este sentido cada juez y árbitro la interprete de forma armónica, transmitiendo una sensación de seguridad jurídica para todos, pero principalmente para aquellos países que todavía no la firmaron⁴⁴⁵. Sin embargo, no sólo las fuentes han de ser armónicas, la interpretación también debe ser lo más uniforme posible, principalmente cuando estamos tratando de normas a nivel

principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

⁴⁴² Artículo 8 CISG: A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

⁴⁴³ Artículo 9 CISG: 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

⁴⁴⁴ EORSI, GYULA. *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Good*. Galston & Smit, 1984, pp. 2 y ss.

⁴⁴⁵ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y GONZÁLEZ CARRASCOSA, JAVIER. *Curso de contratación internacional*. Madrid: Colex, 2ª ed., 2003, p. 239. Caso 1: En este sentido se pronunció el Tribunal de Vigevano, Italia en 12 de julio de 2000, en la que el Tribunal italiano se basó en varias decisiones relativas a la Convención adoptadas por otros Tribunales extranjeros estatales y arbitrales con el fin de promover la uniformidad en la interpretación y aplicación de la normativa uniforme. Esta misma idea se había ya señalado, entre otras sentencias, por la dictada por el Tribunal de Pavia, el 29 de diciembre de 1999 y se ha señalado posteriormente por la Sentencia del Tribunal marítimo y comercial danés, de 31 de enero de 2002.

CASO 2: La AP de Valencia dictó sentencia el 7 de junio de 2003 señalando la necesidad de una interpretación uniforme, principio que está presente en otras Convenciones, lo que revela una tendencia actual en el Derecho Mercantil Internacional. Así, debido a la importancia de esta cuestión, es relevante el comentario del Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la norma y principios contenidos en el artículo 7 de la Convención.

internacional y con la ausencia de un órgano único juzgador, para que no haya decisiones dispares sobre el mismo tema⁴⁴⁶.

Y dentro de la CISG uno de los artículos responsables por la interpretación es el artículo 7⁴⁴⁷. Este artículo nació en la última fase de elaboración de la CISG y fue creado para dar solución a las lagunas existentes, es decir con el objetivo de solucionar las hipótesis que existen y que la Convención no regula⁴⁴⁸. La función de artículo 7 es indispensable para el éxito de una ley uniforme, de lo contrario una parte podría afirmar que la ley no era absolutamente clara o no cubría precisamente este caso o aquel otro⁴⁴⁹.

El análisis de este artículo es clave no sólo para la aplicación de la CISG, sino para la interpretación de la mayor parte de instrumentos de Derecho Mercantil Uniforme, puesto que se reproduce, en mayor o menor media, en la mayoría de ellos, pudiendo considerarse como una norma común aplicable a todos ellos⁴⁵⁰.

El artículo 7 CISG establece:

«En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.»

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ CANELLAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la Compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Comares, Granada, 2004, p. 100.

⁴⁴⁷ Número del caso 547, número de la CLOUT 48, Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3a, No 223/2003, 22 de septiembre de 2003, «*En el sentido que un contrato debe presentar aquel contenido que las partes podían esperar que tuviera, según la confianza razonable, principio éste que quebraría si, como pretende la demandada, se diese virtualidad a la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en el contrato de garantía*».

⁴⁴⁸ Antecedentes del artículo 7 CISG son: El artículo 3 de la Convención de Nueva York sobre prescripción de la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974 y el artículo 3 de las Reglas de Hamburgo de 1978, ambos elaborados a partir del Proyecto de la CISG.

⁴⁴⁹ HONNOLD O., JONH. op. cit., p. 96.

⁴⁵⁰ Actualmente, tanto en la doctrina que comenta la Convención de Viena, como la jurisprudencia que la interpreta y aplica, se plantea la discusión sobre si dentro del concepto de principios generales en que se basa la Convención del artículo 7 (2), se entienden comprendidos los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales. Vid. VIDAL OLIVARES, ÁLVARO RODRIGO. «La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo III, Julio-Septiembre, 2003, p. 86.

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado».

Para una efectiva interpretación, se deberán tener en cuenta dos principios estrechamente relacionados: Uno es el carácter internacional de la propia Convención y el segundo se trata de la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación e interpretación. El párrafo referido concluye con la disposición que al interpretar la Convención se tendrán en cuenta estos principios para promover la observancia de la buena fe en el comercio.

Según éste párrafo, la voluntad del legislador consiste en que el artículo 7.1 de la CISG no vincule a los contratantes, sino tan sólo a los órganos estatales de interpretación normativa, bien por designación legal directa (jueces y Tribunales), bien por designación contractual de las partes reconocidas por normas de arbitraje interna. Por lo tanto, los destinatarios del artículo 7.1 de la CISG son los órganos de interpretación y decisión estatales, es decir esta norma se dirige a los Estados, a pesar de estar contenida en una parte de la CISG⁴⁵¹.

Sobre la aplicación del artículo 7 de la CISG, esta debe proceder siempre y cuando haya problemas de interpretación e integración de la Convención, pudiendo los integrantes que participan del comercio internacional, como: jueces, Tribunales, árbitros, empresas, abogados, mediadores, conciliadores, entre otros, hacer sus propias interpretaciones, pero siempre con el objetivo de salvar el contrato, pero sin olvidar de promover la uniformización de la aplicación de la CISG, asegurando la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

⁴⁵¹ MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (artículos 31 a 33)*. Granada: Ed. Colmares, 2004, pp. 108-118. Cabe puntualizar, que el autor defiende que la interpretación del artículo 7 de la CISG debe ser realizada a través del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 porque este artículo regula obligaciones mutuas de los Estados Parte sobre cómo deben interpretar la CISG. Pero la regulación del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 está restricta sólo a esta obligación y no la interpretación de los artículos que traten de las obligaciones de las partes contratantes.

Respecto al ámbito de la interpretación, podemos visualizar dos tipos: Una es la interpretación realizada por las partes y la otra es la elaborada por los árbitros y jueces. Aunque las interpretaciones privadas sean de gran importancia tanto para el crecimiento intelectual, como para el mejor entendimiento de la CISG, las interpretaciones tenidas en consideración, y que quedarán como ejemplo para las próximas decisiones son aquellas hechas por los órganos jurisdiccionales, cuyos laudos serán ejecutables. Y es por tamaña responsabilidad que se creó un artículo para regular y orientar las interpretaciones⁴⁵².

Pasando al párrafo 2 del mismo artículo, encontramos la regulación de las lagunas *preater legen*. En la CISG, la integración de las lagunas son realizadas por medio de dos fuentes: 1. En primer lugar se utilizan los principios generales en que se basa la Convención; y, 2. En segundo lugar de forma subsidiaria, se emplea el derecho interno del país en cuestión. Sobre este asunto, la Conferencia de las Naciones Unidas⁴⁵³, a la hora de decidir cómo se suplen las lagunas que pudiese presentar la Convención, prefiere que éstas se suplan por medio de la aplicación del propio derecho uniforme, no entendido ya como norma específica, sino como principio de Derecho en el que ella se apoya⁴⁵⁴. El sistema adoptado para la

⁴⁵² Vid. CALVO, CARAVACA, ALFONSO. «La Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: algunos problemas de aplicación». *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, en homenaje al Profesor Evelio Verdera y Tuells, Madrid: La Ley, Vol. I, 1994, pp. 400 y ss.

⁴⁵³ Bulgaria propuso cubrir las lagunas de la CISG remitiendo a los principios generales y a la ley del establecimiento del vendedor. Añade que el recurso de aplicar la legislación donde esté establecido el vendedor, se presenta en último caso. Sin embargo tal solución brinda una seguridad, puesto que de este modo se puede saber de ante mano cuál será la ley aplicable. A/CONF.97/C.1/SR.5, pp. 275-280.

⁴⁵⁴ VIDAL OLIVARES, ÁLVARO RODRIGO. «La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales». *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo III, Julio-Septiembre, 2003, p. 994; Vid. ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. «Los Principios UNIDROIT: ¿una nueva lengua franca para la redacción de los contratos comerciales internacionales?», MORÁN BOVIO, DAVID (coord.), *Comentario a los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*. Navarra: Arazando, 2003.

⁴⁵⁴ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pp. 88-89. «La inclusión de esta norma en el articulado de la Convención obedece al deseo de los redactores de evitar los peligros que supondría la aplicación del texto uniforme en países con ordenamientos jurídicos diferentes y, por consiguiente, con reglas de interpretación dispares. Se evitan así los peligros derivados de una aplicación al texto uniforme de las reglas interpretativas propias de un ordenamiento jurídico, que son inadecuadas para un texto de origen, elaboración, aplicación y aprobación en un foro internacional, lográndose de esta forma que no se destruya la uniformidad que se intenta conseguir en la aplicación de la Convención. Este artículo 7 de la CISG puede considerarse, sin duda alguna, como una pieza central en la Convención. Disposición que se dirige a los jueces, tanto estatales como arbitrales, abogados y estudiosos de la Convención, quienes son

integración de las lagunas está perfectamente justificado por la promoción de la uniformidad de la aplicación de la CISG.

Ciertamente, el artículo 7 se trata de un dispositivo bien acoplado en una norma uniforme tan compleja y que atiende a varios sistemas jurídicos como la CISG. Esto se debe a una elaboración muy bien trabajada y meditada, y de ella nacieron varios artículos claves, como por ejemplo el artículo en cuestión. Este dispositivo va mucho más allá de un simple artículo que integra la CISG, es una jugada maestra, porque tratándose de una ley uniforme y teniendo en consideración la materia discutida, (comercio internacional) para algunos países es hasta cierto punto conveniente dejar algunas lagunas, para que sean cubiertas a su debido tiempo basadas en las experiencias concretas en que la CISG fue aplicada.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS CON PRECIO ABIERTO

Después de hacer una breve introducción al artículo 7 CISG pasaremos a estudiarlo conjuntamente con los artículos 14 y 55 de la CISG y su problema interpretativo.

Conforme la profesora PILAR PERALES señala ⁴⁵⁵ : los principios de interpretación del texto uniforme son los mencionados en el párrafo 1º de artículo 7 de la CISG: carácter internacional, uniformidad en su aplicación y observancia de la buena fe. La inclusión de esta norma en la Convención de Viena de 1980 obedece al claro deseo de los redactores de evitar los peligros que supondría la aplicación del texto uniforme en países con ordenamiento jurídico diferentes y, por consiguiente, con reglas de interpretación dispares.

cada vez más conscientes de la necesidad de interpretar uniforme y de forma autónoma las normas de la Convención».

⁴⁵⁵ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pp. 87 y 88.

En este sentido, como el propio artículo 7 párrafo 2º CISG establece, las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado. Sin embargo, el recurso al Derecho interno, aplicable conforme la norma en conflicto, sólo está autorizado en casos en los que sea imposible encontrar la solución en los principios en los que se inspiran sus preceptos específicos⁴⁵⁶.

Por esta razón, el párrafo 2º del artículo 7 de la CISG dispone que las materias no resueltas, pero que se hallan dentro del ámbito de aplicación de la Convención, se sometan a los principios generales en los que ésta se funda o inspira. Sólo cuando ello no fuese posible, el operador jurídico podrá resolver aplicando la norma de derecho interna. El último deseo de los redactores de la CISG es que esta ley uniforme no fuera interpretada de acuerdo con cada sistema jurídico interno de los países signatarios, porque de ésta forma se perdería totalmente el carácter uniforme de la ley⁴⁵⁷.

Y es en virtud de la necesidad de promover la uniformidad en la aplicación de la CISG, de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional y de

⁴⁵⁶ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 358; Díez-PICAZO, LUÍS. op. cit., p. 10; EORSI, GYULA Y ADAME GODDARD, JORGE. *El contrato de compraventa internacional, México*, McGraw-Hill, 1994, p. 94, GARRO, ALEJANDRO, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro.html; SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo II, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 1400; MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, editora Granada, Granada, 2004, p. 103; FRITZ, ENDERLEIN Y MASKOV, DIETRICH, *Commentary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Ocean publications, 1992. «An implicit fixing of the price can be assumed, in particular, when the seller sells his goods according to price lists which the buyer knows or should know, or when constant prices were used in a continuing business relationship». (La referencia implícita se puede suponer, en particular, cuando el vendedor vende su mercancía, según las listas de precio que el comprador sabe o debería saber, o cuando los precios constantes se utilizan en una relación comercial continuada); RUANGVICHATHORN JUMPITA, *Commentary on whether the UNIDIT Principles of International Commercial Contracts may be interpret on supplement article 55 of the CISG*. www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ruangvichathorn.html; MADRID PARRA, AGUSTÍN, *Comentarios a los Principios Unidroit para los contratos del comercio internacional*, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 285 y ss.

⁴⁵⁷ Kelsen, HANS, *Teoría pura del derecho: Introducción a la ciencia del derecho*, 28º ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994. Kelsen ya diferenciaba entre la interpretación privada y la interpretación realizada por los Tribunales y los árbitros.

atender a los países con distintos sistemas jurídicos, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la CISG, que en nuestra opinión creemos que es totalmente posible la interpretación conjunta de los artículos 14 y 55 de la CISG por entender que uno complementa al otro y que en la hipótesis más extrema que cada artículo atiende a un sistema jurídico distinto —el artículo 14 a los países de *civil law* y el artículo 55 a los países de *common law*⁴⁵⁸. Por consiguiente, no estamos de acuerdo con la tesis que no es posible la armonización de estos artículos.

Para que hagamos una idea del modo en que la CISG está influenciando y modernizando las normas jurídicas, citaremos el caso de Francia. Antes de la CISG se trataba de un sistema jurídico civilista que adoptaba el viejo concepto de *pretium certum* (precio cierto), que se derivó del derecho común continental europeo, donde está reflejado en el artículo 1583 del CC francés⁴⁵⁹, que requiere un acuerdo previo en el precio para la conclusión del contrato de compraventa. Sin embargo, con la implantación de la CISG en el derecho francés, se nota que el concepto de contratos abiertos ha ganado espacio, ejemplo de ello es la sentencia de la Corte Suprema, caso CLOUT 11⁴⁶⁰. En este caso, el comprador alega que no hubo contrato porque no se llegó a concretar el precio ni la cantidad de mercaderías. Sin embargo, el Tribunal de Apelación consideró que las partes acordaron la cosa y el precio, que incluye una revisión del precio original en función del mercado y cambios introducidos al pedido. Tal entendimiento no fue modificado por el Tribunal de Casación, que mantuvo la sentencia del Tribunal de Apelación.

El caso que acabamos de exponer denota la gran influencia que la CISG provoca en el derecho francés que era uno de los más conservadores con relación al

⁴⁵⁸ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo II, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 1398. «Los sistemas de la *common law*, especialmente el británico y americano, pero también algunos sistemas de derecho civil, adoptan una posición más flexible y prevén que un precio razonable o que el precio de mercado llenen la laguna en el acuerdo entre las partes». Por otro lado está el sistema jurídico civilista que adopta el viejo concepto de *pretium certum* (precio cierto), que se derivó del derecho común continental europeo que ha tenido una fuerte influencia en Francia, donde el artículo 1583 del CC requiere un acuerdo en el precio para la conclusión de un contrato de compraventa.

⁴⁵⁹ Artículo 1.583 del nuevo CC francés 2017. La venta se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de pleno derecho la propiedad ante el vendedor desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque aún no se hubiese entregado la cosa ni abonado el precio.

⁴⁶⁰ Número del caso 155, número de la CLOU 11, Cour de cassation, Francia, de 4 de enero de 1995.

precio cierto en los contratos, y con la sentencia que acabamos de ver y el nuevo artículo 1.583 del nuevo CC francés de 2017, viene modernizando su derecho aproximando cada vez más a los principios de la nueva *lex mercatoria*, puesto que, señala en el referido artículo que la venta se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de pleno derecho la propiedad ante el vendedor desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque aún no se hubiese entregado la cosa ni abonado el precio.

Después de esta puntualización, y haciendo una conexión entre los argumentos que rechazan la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, entre ellos encontramos que no se aplica la CISG a estos contratos porque no se observa la presencia de uno de los requisitos en la oferta –el precio. Nos lleva a recapacitar que no prosperan los argumentos utilizados para la no aplicación de la CISG a los contratos de distribución porque es perfectamente posible la aplicación de la CISG a contratos que no cumplan el estándar del artículo 14 de la CISG, cuando se verifica la presencia de la voluntad de las partes de vincularse, consecuentemente se aplicaría el artículo 55 de la CISG para encontrar el precio.

La corriente que defiende la no aplicación de la CISG a los contratos de distribución, argumentan que los contratos de distribución muchas veces no poseen todos los elementos esenciales, como por ejemplo el precio, consecuentemente si no se cumple con lo establecido en el artículo 14 de la CISG no hay formación del contrato y por lo tanto no hay contrato. Pero como hemos constatado anteriormente, el artículo 55 de la CISG está preparado para reconocer contratos con precios abiertos. Además, como hemos visto anteriormente, el artículo 7 de la CISG se une para corroborar la aplicación del artículo 55 de la CISG a tales contratos, asegurando la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

En esta situación, podemos aplicar el artículo 7 de la CISG en dos perspectivas. Una es la aplicación del artículo 7 con el objetivo de corroborar con el argumento de la convivencia armónica de los artículos 14 y 55 dentro de la CISG en virtud del principio de uniformidad hermenéutica que propugna la propia CISG⁴⁶¹. Y

⁴⁶¹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 314; PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR.

la segunda es la aplicación del artículo 7 respaldando la aplicación de la CISG a los contratos de distribución en virtud de los principios de la internacionalidad y uniformidad.

Por lo tanto, la aplicación de la CISG a los contratos de distribución con precios abiertos es perfectamente posible en virtud de la existencia del artículo 55 de la CISG, ya que este artículo existe para amparar a los casos que no es posible establecer un precio de conformidad con el artículo 14 de la CISG. Tal entendimiento está razonablemente asentado en la jurisprudencia⁴⁶² a continuación analizaremos algunos motivos más que justifican nuestra opinión.

«Una aproximación al artículo 7 de la Convención de Viena 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 16, 1995.

⁴⁶² A título de ejemplo exponemos algunos casos en que el Tribunal aplicó el artículo 55. Número del caso 908, número de la CLOUT 90, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 22 de diciembre de 2005; Número del caso 343, número de la CLOUT 32, Landgericht Darmstadt, Alemania, 9 de mayo de 2000; Landgericht Neubrandenburg, Alemania, 3 de agosto de 2005, *Internationales Handelsrecht*, que puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/050803gl.html. En este caso, el Tribunal consideró que las partes habían tenido la intención de dejar la determinación del precio a un punto posterior en el tiempo, es decir, durante la temporada, y que, por lo tanto, de manera consciente dejado la prestación de precio abierto, por este motivo el Tribunal entendió que se aplica al caso el art. 55 de la CISG; Número del caso 934, número de la CLOUT 93, Tribunal Cantonal du Valais, Suiza, 27 de abril de 2007. El Tribunal entendió que como el pedido fue realizado con carácter urgente y el vendedor no indicó el precio, se entiende que el precio es el que se aplica corrientemente a esas mercaderías; Número del caso 215, número de la CLOUT 18, Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997. En este caso las partes no habían fijado el precio, pero el Tribunal determinó el precio con base en la aplicación del artículo 55 de la CISG; Número del caso 106, número de la CLOUT 8, Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994. En este caso, el Tribunal determinó el precio con base al precio del mercado, aplicando el artículo 55 de la CISG. Laudo número 9818 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, septiembre de 1999, extractos en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2001, vol. 12, núm. 2, 56. En este laudo se declaró que la compraventa internacional sin determinar previamente el precio es practica habitual en el comercio internacional; Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, Bulgaria, 30 de noviembre de 1998, puede consultarse en la dirección de Internet <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130bu.html>. En este caso el Tribunal Arbitral no acepta el argumento del vendedor que cuando que el contrato carecía de precio y por esa falta de determinación del precio el contrato no era válido. El Tribunal Arbitral sostuvo que se trataba de un contrato de compraventa comercial internacional de mercancías que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la CISG, es válido incluso si el precio contractual no se expresa o implícitamente define la condición de que las partes se basan en «el precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes en el comercio de que se trate». Este es un principio adoptado también en el artículo 326 (2) de la Ley de Comercio de Bulgaria.

4. INTERPRETACIÓN DE DECLARACIONES U OTROS ACTOS DE LAS PARTES

El requisito principal para la aplicación del artículo 55 a los contratos con precio abierto es presencia de la voluntad de las partes de estar vinculadas por su contrato. Y para verificar si las partes tenían la intención de vincularse haremos uso del artículo 8 de la CISG, puesto que este artículo dentro de la CISG está dedicado a regular la interpretación de declaraciones y actos hechas por los contratantes. En su disposición encontramos la definición de cómo se debe interpretar las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes. Para ello el texto uniforme adopta un enfoque de interpretación amplia, flexible y atento a la realidad, como por ejemplo el párrafo 3° del artículo 8 CISG que tiene en cuenta una extensa gama de factores para determinar la intención de los contratos⁴⁶³.

Pero para un mejor entendimiento veamos el contenido completo del artículo 8 CISG:

«A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes».

⁴⁶³ Número del caso 889, número de la CLOUT 88, Suiza, Handelsgericht des Kantons Zurich, Tribunal de Comercio del Cantón de Zurich, 24 de octubre de 2003. El Tribunal examinó la transacción concertada entre las partes teniendo en cuenta la CISG e interpretándola en virtud de su artículo 8. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CISG (CLOUT), Naciones Unidas Asamblea General, 2010, p. 5.

La participación del artículo 8 de la CISG es importante para ayudar a solucionar el problema de interpretación de los artículos 14 y 55 de la CISG, debido a que nos puede ayudar a responder preguntas con relación a la interpretación del comportamiento de las partes, como por ejemplo: en la hipótesis de que la oferta no haga referencia al precio, se debe verificar si las partes tenían o no intención de quedar vinculados a la oferta y consecuentemente de concretar el contrato, ya que según el artículo 8 CISG la conducta es suficiente para determinar si hubo una intención de contratar o no⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Número del caso 215, número de la CLOUT 18, Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997. En este caso, el Tribunal sostuvo que el comprador debía pagar el precio de todo el material entregado y no meramente del 10% que había utilizado. El Tribunal utilizó el artículo 8. 3 de la CISG para hacer referencia al comportamiento anterior del comprador. Las partes no habían fijado el precio, que fue determinado por el Tribunal en aplicación del artículo 55 de la CISG; Número del caso 334, número de la CLOUT 31, Obergericht des Kantons Thurgau, Suiza, 19 de diciembre de 1995. «El distribuidor suizo de un fabricante austriaco demandó al comprador suizo para obtener el pago de mercaderías suministradas por el fabricante. El comprador reconvino por compensación de daños y perjuicios supuestamente ocasionados como consecuencia de que los últimos suministros no se habían entregado tras la declaración de quiebra del fabricante. El comprador opuso excepción al derecho del demandante a ser parte en la demanda ya que el contrato de compraventa se había celebrado con el fabricante. La oferta y la aceptación habían tenido lugar entre el comprador y el fabricante y se había utilizado el membrete del fabricante. El Tribunal decidió que en la CISG no figuraba disposición alguna acerca del contrato de mandato. No obstante, para determinar las partes contratantes en el contrato de compraventa en cuestión (conforme al artículo 14 de la CISG, relativo a la oferta) la cuestión del mandato podía dejarse a un lado. El Tribunal interpretó las declaraciones de las partes tras la celebración del contrato de compraventa, artículo 8 de la CISG, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes. El Tribunal entendió que del comportamiento del fabricante se desprendía claramente que era éste y no el demandante el que tenía intención de ser parte en el contrato de compraventa, artículo 14 de la CISG. No obstante, el actor tenía derecho a reclamar el pago del precio de compra puesto que había cedido sus derechos al fabricante. El Tribunal determinó que la cesión de derechos no entraba en el ámbito de la CISG. Por lo tanto, estimó que la validez de la cesión debía regirse por el derecho interno austriaco, que era el derecho aplicable conforme a las normas de derecho internacional privado».

Número del caso 308, número de la CLOUT 28, Federal Court de Australia, 28 de abril de 1995. Este caso se trata de una demanda por falta de pago. El Tribunal estimó aplicable la CISG, ya que tanto Alemania como Australia la habían ratificado. El Tribunal utilizó los artículos 8 y 11 de la CISG para saber si el contrato contenía una cláusula de reserva de dominio. Y se concluyó que el contrato contenía una cláusula de reserva de dominio eficaz a favor del vendedor, válida de conformidad con la ley nacional apropiada. El Tribunal falló que el vendedor tenía derecho a rescindir el contrato conforme a los artículos 61 y 64 de la CISG debido al nombramiento del administrador por el comprador, lo que constituía un incumplimiento esencial del contrato en el sentido del artículo 25 de la CISG.

Número del caso 23, número de la CLOUT 2, Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 14 de abril de 1992. Esta demanda es entre una empresa de Nueva York y un fabricante de Italia. Según se alega, a uno de esos contratos, el fabricante italiano suministró zapatos pero la compradora de Nueva York efectuó solo un pago parcial. En virtud de ello, el fabricante reclamó el restante de pago ante el Tribunal de Nueva York. Ocurrió que la parte demandada alega que el contrato incorporaba por vía de remisión el acuerdo marco ruso, el comprador de Nueva York pidió una suspensión de las actuaciones permitir que se celebrara un arbitraje. El Tribunal interpreta el párrafo I del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjera para determinar si las partes habían acordado por un escrito recurrir al arbitraje. Tras llegar a la conclusión de que se trata de una cuestión de derecho federal, el Tribunal aplicó al presente caso la

De esta forma, las normas de interpretación del artículo 8 de la CISG son aplicables a diversas situaciones, cuando surge el problema de si las partes han celebrado un contrato, el significado dado a las comunicaciones y actos de las partes las determinará si éstas han manifestado la intención de quedar vinculadas o no⁴⁶⁵. En este sentido, el artículo 8 de la CISG también ayuda a resolver problemas de interpretación entre los artículos 14 y 55 de la CISG, verificando por ejemplo la intención de las partes en los casos de celebración de contrato con precio abierto.

Haciendo uso del artículo 8.1 de la CISG que está basado en el enfoque subjetivo, la interpretación debe fundamentarse en la verificación de si las partes tenían el *animus contrahendi*, porque en caso contrario el contrato no se perfeccionará, independientemente de haber fijado el precio o no. Es de fundamental importancia observar cuál fue la intención de las partes contratantes, su real voluntad cuando celebraron el contrato. En nuestra opinión, muchas veces, la intencionalidad de las partes es mucho más importante que por ejemplo la fijación del precio, porque una vez concretizada ambas voluntades en contratar los requisitos que la ley determina vendrá en consecuencia de ésta voluntad⁴⁶⁶.

Sin embargo, debido a las dificultades en la práctica para probar la igualdad entre las intenciones de las dos partes, en especial cuando están implicados en una controversia sobre el significado de un contrato, las partes contendientes son un testimonio poco fidedigno de lo que tenían en mente cuando celebraron el contrato. La mayoría de los problemas de interpretación se regirán por el apartado 2 del artículo 8 de la CISG, teniendo en cuenta que en la práctica resulta más fácil usarlo,

CISG. En especial se aplicó el artículo 8 de la CISG para verificarse el curso de las negociaciones preliminares.

Número del caso 227, número de la CLOUT 20, Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 22 de septiembre de 1992, cita artículo 8.2. de la CISG.

⁴⁶⁵ DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 156. Debe valorarse igualmente el comportamiento del declarante y la responsabilidad que a él le cabe en la divergencia entre su declaración y su voluntad. Si el declarante actuando diligentemente pudo o debió desvanecer la confianza que en los terceros suscitaban su declaración y no lo hizo, responde de la eficacia de la declaración y queda vinculado por ella como si efectivamente hubiera existido una real y plena voluntad (principalmente de la autorresponsabilidad).

⁴⁶⁶ KRITZER A., *La razonabilidad es mencionada específicamente en 37 disposiciones de la Convención y clara alusión a otras partes de la Ley Uniforme de Ventas. Razonabilidad es un principio general de la Convención.* www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/reason.html.

por seguir criterios objetivos. Se constata cuando hace referencia «...*las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte*».

Por otra parte, el artículo 8 de la CISG no sólo establece las reglas de interpretación aplicables a las declaraciones de acuerdo entre las partes, teniendo en consideración no solamente el acuerdo aisladamente, sino también todas las circunstancias relevantes del caso. Por ejemplo, las negociaciones, las prácticas establecidas por las partes, usos y conductas subsiguientes de las partes (intencionalidades y expectativas futuras), en resumen, se deben tener en consideración todas las circunstancias relevantes del caso para una mejor interpretación⁴⁶⁷.

De esta forma, existen situaciones en el mundo del comercio internacional, que son mucho más importantes observar el comportamiento de las partes contratantes, como son las interpretaciones de los usos, las prácticas y las costumbres adoptadas continuamente entre vendedor y comprador, que la propia norma⁴⁶⁸, es decir, las prácticas establecidas entre las partes pueden proporcionar las informaciones sobre la cantidad y el precio de la mercadería⁴⁶⁹. En este sentido, se puede llegar a deducir de manera inequívoca, a través de la interpretación, cuáles son los actos de las partes contractuales durante todo el período en que se mantienen las relaciones comerciales. Todos los actos relativos a la preparación, celebración y ejecución del contrato constituyen objeto de las normas interpretativas que se contiene en artículo 8 de la CISG.

⁴⁶⁷ Anuario de la CISG, N.º 54, 1978. Se ha señalado que la diferencia entre el artículo 7 y el 8 de la CISG consiste en el hecho de que el primero está dirigido a los Tribunales y el segundo a las partes. No es conveniente que se sistematice en la Convención de Viena que determinados artículos están hechos para determinados destinatarios, principalmente si se habla de la parte de las disposiciones generales. Aunque ambos artículos se refieran a la interpretación de diferentes focos porque el artículo 7 de la CISG está más dedicado a la interpretación de la Convención de Viena y el 8 de la CISG está más dedicado a la interpretación del comportamiento de las partes, pero no es por este motivo por lo que se va a inmovilizar la Convención. Se concluye que uno y otro están dispuestos tanto para Tribunales, como para los árbitros y partes que componen el contrato.

⁴⁶⁸ Número del caso 215, número de la CLOUT 18, Bezirksgericht st. Gallen, Suiza, 3 de Julio de 1997, cita los artículos 8.3 de la CISG.

⁴⁶⁹ Número del caso 52, número de la CLOUT 4, Favárosi Biróság, Hungría 24 de marzo de 1992.

Y de acuerdo con varias sentencias y laudos es ahí donde se halla el problema porque si los demandantes no logran probar que el contrato fue celebrado los jueces y árbitros no aplicaran el artículo 55 de la CISG⁴⁷⁰.

Y para evitar esa falta de éxito de las demandas, cuando las partes no han fijado el precio es necesario utilizar el artículo 8 de la CISG porque en la práctica el precio de las mercaderías normalmente es determinable para dar un acuerdo implícito entre las partes. Y el artículo 8 de la CISG es el responsable para ayudarnos a interpretar este acuerdo implícito porque una vez que probamos que hubo un acuerdo implícito consecuentemente estamos probando que las partes tenían intención de celebrar el contrato, por consiguiente, si hubo la celebración del contrato, esta determinación de la intención de las partes nos llevar a la conclusión de que las partes querían referirse a los contratos con precio abierto – artículo 55 de la CISG⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Véanse número del caso 1451, número de la CLOUT 155, Tribunal Supremo, República Checa, 25 de junio de 2008. Tanto el Tribunal de Primera Instancia, (el razonamiento del Tribunal de Apelación no contradijo el derecho sustantivo, a saber, el artículo 8 de la CISG) como el Tribunal Supremo sostuvieron que para aplicar el artículo 55 es necesario probar que fue celebrado válidamente un contrato de compraventa que se ajustado a las disposiciones del artículo 8 de la CISG. Sin embargo, las pruebas presentadas por el vendedor no confirmaron que hubo la celebración del contrato; Número del caso 908, número de la CLOUT 90, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 22 de diciembre de 2005. Para la determinación del precio con arreglo al artículo 55 de la CISG requiere que se haya celebrado un contrato válido.

⁴⁷¹ Landgericht Neubrandenburg, Alemania, 3 de agosto de 2005, *Internationales Handelsrecht*, que puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/050803gl.html. En el presente caso, el precio de las mercaderías no se determinó desde el principio de las negociaciones, pero era, sin embargo, determinable. En este caso se aplicó los principios de interpretación del artículo 8 de la CISG. En la redacción de la disposición contractual había «Para ser fijo durante la temporada» ha de interpretarse como un acuerdo implícito sobre el precio de la temporada para el año 2003, y por lo tanto una determinación en virtud de las normas del artículo 55 de la CISG; Número de la CLOUT 36, número del caso 417, Federal District Court, Northern District of Illinois, Estados Unidos, 7 de diciembre de 1999.

Número del caso 106, número de la CLOUT 8, número del caso 106, Tribunal supremo de Austria, 10 de noviembre de 1994, cita el artículo 8.2.

Número del caso 189, número de la CLOUT 14, Oberster Gerichtshof, Austria 20 de marzo de 1997, cita el artículo 8.2.

Número del caso 306, número de la CLOUT 28, Oberster Gerichtshof, Austria, 11 de marzo de 1999.

Número del caso 413, número de la CLOUT 36, Federal District Court Northern District of New York, Estados Unidos, 6 de abril de 1998. El demandante, un fabricante de calzado italiano, alegó que el demandado, no pagó por las mercaderías recibidas. Se presentó la demandante judicial. para discutir el precio. El demandando negó que existiera una relación contractual, como consecuencia presentó la

Como podemos constatar, más una vez, ahora con la ayuda del artículo 8 de la CISG, utilizando las propias herramientas de la CISG probamos que es posible la aplicación de la CISG a los contratos con precios abiertos en virtud de la existencia del artículo 55 de la CISG.

5. LA CANTIDAD Y EL PRECIO ESTABLECIDOS DE ACUERDO CON LOS USOS Y PRÁCTICAS APLICABLES AL CONTRATO

En el mismo sentido, y con el objetivo de probar la complicitad de los artículos 14 y 55 de la CISG, trataremos a continuación del artículo 9 de la CISG, que presta un papel fundamental dentro de la Convención, no sólo por la importancia que desempeña el artículo, sino también por ser una disposición que traduce la esencia de esta Convención, que es la capacidad de adaptación a los tiempos modernos por su carácter práctico y flexible que a cada día está siendo más aplicada por los operadores jurídicos.

Este artículo es significativo porque es a través de él que podemos resolver las dudas que surgen tanto en lo que se refiere a la aplicación de la CISG en el contrato de distribución, como también para resolver las dudas referentes al contrato, es decir cuando por la razón que sea las partes no hayan reflejado un determinado asunto –obligación, en el contrato, el artículo 9 de la CISG legitima los actos que las partes hayan realizado para que a través de ellos se puedan comprobar qué intenciones tenían las partes.

Ahora bien, para rebatir los argumentos de inaplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución, justificados por la falta de elementos esenciales del contrato – cantidad y precio – en los contratos marco, conforme los requisitos del

reconvención alegando daños y perjuicios aduciendo que las mercaderías que había recibido habían sido entregadas tardíamente y eran defectuosas. El en presente caso se aplicó la CISG, ya que hace parte de las normas de derecho interno de los Estados Unidos. Referente a las pruebas, el Tribunal estableció que podía tener en cuenta las pruebas de declaraciones formuladas durante las negociaciones, artículo 8.3) de la CISG, y que las partes estaban vinculadas por los usos en que hubieran convenido y por las prácticas establecidas entre ellas, artículo 9, 1) de la CISG.

artículo 14 de la CISG, utilizaremos también el artículo 9. Pero antes, recordaremos que el artículo 14.1 de la CISG dice que:

«1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.»

Como podemos observar el artículo 14.1 de la CISG, dice que la indicación de la cantidad y el precio pueden ser establecidos tácita o expresamente o prevé un medio para determinarlos, y de la misma forma que utilizamos el artículo 8 de la CISG para interpretar los actos y estipular cantidad y/o precio, también estudiaremos la posibilidad de aplicar el artículo 9 para llegar a la definición tanto de la cantidad como del precio en los casos de contratos con precio abierto, como por ejemplo los contratos marco de distribución, puesto que, como ya hemos visto en algunas situaciones carecen de los elementos de la oferta conforme requerido por el artículo 14 de la CISG. Así el art.9 de la CISG señala que:

«1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.»

Como podemos observar, el párrafo 1 del artículo 9 CISG establece que las partes están obligadas por los usos y las prácticas que ellas mismas han convenido⁴⁷². Sin embargo, tanto los *usos*, como las *prácticas*, además de ser conocidas, deben ser

⁴⁷² Número del caso 95, número de la CLOUT 7, Zivilgericht Basel–Stadt, Suiza, 21 de diciembre de 1992. En este caso, el juez reconoció que las prácticas establecidas por las partes referente al intercambio de correspondencia era prácticas habituales y reconocidas entre ellas, y con arreglo al artículo 9 de la CISG, se consideró una practica vinculante.

practicadas por los contratantes⁴⁷³. Y uno de los medios para determinar los elementos del artículo 14 de la CISG es a través de la observancia y análisis del comportamiento de las partes, que son traducidos como los *usos* y de las *prácticas*, que llegaran a ser elementos esenciales en la determinación de la cantidad y el precio del contrato⁴⁷⁴.

Lo interesante de este artículo, y lo que le destaca, es que la CISG no describe el tipo de acción que será considerada o interpretada como *uso que hayan convenido* y/o *práctica que hayan establecido*, la ausencia de tipificación tiene el propósito de regular la mayor cantidad posible de situaciones que se pudieran dar en la práctica mercantil. No podemos olvidar que la CISG es aplicada en más de 85 países, cada uno con su forma jurídica, su cultura y con su forma de hacer negocios⁴⁷⁵. Por lo tanto, lo ideal es que existan pocas normas cerradas porque así haya más probabilidad que la CISG alargue su vida, siendo efectivamente útil. No quedando pues la norma con el tiempo olvidada por su inaplicabilidad, ya que al no rotular el comportamiento tipificado en la norma, aunque los *usos* o *prácticas* cambien con el paso del tiempo, la norma establecidas en la CISG siempre acompañará la evolución del cambio de comportamiento porque lo que se está normalizando es un comportamiento genérico y no un comportamiento específico.

El artículo 9 de la CISG conquistó tal éxito porque trajo de vuelta el sentido más primitivo del Derecho Mercantil, que establece sus bases en el Derecho consuetudinario, lo que nos hace pensar que tanto las normas que hacen parte del Derecho como la sociedad son cíclicas, hemos llegado al punto de hacer una regulación estricta de todas las acciones a volver en el tiempo regulando el general, es decir hemos pasado de regular lo específico, a dar directrices de lo habitual.

⁴⁷³ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GOZÁLEZ, JAVIER, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, p. 245.

⁴⁷⁴ CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compra-venta internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, Sevilla, 2000, p. 200.

⁴⁷⁵ RUXANDRA MUCENI, VLADIA, «Lagunas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mucenic.html>.

Creemos que con este sistema las leyes tienen más oportunidades de ser adaptadas con éxito en la práctica.

De acuerdo con el razonamiento que se ha venido realizando, se confirma que la relación legal entre los contratantes se encuentran también regulada y se lleva en consideración tal como si fuera una obligación en forma de cláusula dentro del contrato, ya que es considerada como una disposición complementaria del contrato. Lógicamente no será cualquier uso o práctica que serán llevados en consideración, sino que, sólo aquellos que cumplan con los requisitos de temporalidad y conocimiento.

Entonces, en los casos de duda de lo establecido entre las partes, primero se buscará lo que se determinó en el contrato, si el contrato no es capaz de esclarecer la incertidumbre se estudiarán los usos que las partes hayan convenido o cualquier práctica que las partes hayan establecido. Fue exactamente lo que aplicó la Suprema Corte de Austria en el caso CLOUT 13, Tribunal Supremo de Austria, de 2 de febrero de 1995 (también se puede encontrar con la fecha de 6 de febrero de 1995)⁴⁷⁶. En este caso, aunque la cantidad no era precisa, el Tribunal no llevó en consideración las prácticas establecidas por las partes, ya que era la primera vez que hacían negocio y para que el artículo 9.1 fuera aplicado sería necesario la observancia de acuerdos previos entre ellos o la observación de transacciones continuas realizadas anteriormente⁴⁷⁷. Sin embargo, el Tribunal determinó que con arreglo a los artículo 9.2 de la CISG, la oferta era válida porque la referencia realizada de cantidad era costumbre y ampliamente conocida por los que hacían parte de la industria del gas natural. Es decir, el Tribunal aunque no llevó en consideración las prácticas establecidas entre las partes, por no cumplir el requisito temporal, utilizó las prácticas establecidas y reconocidas por los participantes de la industria de gas natural⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Número del caso 176, número de la CLOUT 13, Tribunal Supremo de Austria, de 2 de febrero de 1995.

⁴⁷⁷ La jurisprudencia corrobora en la sentencia del Landegericht Dusseldorf, Alemania de 17 de noviembre de 1983 se señala que para que exista una práctica debe haber sido observada con frecuencia y duración entre las partes, de tal modo que cree la confianza que seguirá observándose en el futuro.

⁴⁷⁸ Distingue, pues, entre el uso convencional y las prácticas negociables, mientras que el párrafo 2º de la misma disposición se refiere a la costumbre internacional. El uso convencional consiste en un acuerdo

De todo lo anterior, podemos concluir que el artículo 9 de la CISG puede complementar la aplicación del artículo 55, en los casos en los cuales los contratantes no pacten la cantidad o el precio. Eso se puede pasar de dos formas: La primera es a través de los usos y de las prácticas establecidas entre las partes, siempre atendiendo los requisitos de la temporalidad y conocimiento⁴⁷⁹. En los casos donde no se pueda establecer el precio o la cantidad por medios de las relaciones entre las partes, se puede llegar a ellos (la cantidad y el precio) tomando como referencia los usos y prácticas establecidas en el mercado, pero conocida por ambos⁴⁸⁰.

Por las consideraciones anteriores, se observa claramente que los usos y las prácticas realizadas por los contratantes, con una cierta habitualidad con la que se han venido practicando, en el transcurso de contratos anteriores, por ser ampliamente difundidos y observados, se aplicarán independiente de la voluntad de las partes, convirtiéndose en contenido del contrato, debiendo ser cumplido tal y como fuera una cláusula más del contrato, ya que el incumplimiento es pasible de acciones

particular y determinado, pudiendo ser expreso o tácito para el empleo de un uso específico en una transacción concreta. Dentro de la categoría del uso convencional entran por definición los INCOTERMS 2010 (*International Chamber of Commerce Trade Terms*, aunque también se conoce por *International Commercial terms*). Constituye un conjunto de reglas para la interpretación de los vocablos más utilizados en la compraventa internacional, de acuerdo con la obligación del lugar de entrega y las respectivas obligaciones y riesgo que conllevan para ambas partes en la contratación. Los INCOTERMS son ampliamente conocidos y utilizados en el tráfico comercial internacional, remitiéndose a ellos muchas condiciones generales y los RUU 600, se trata de hábitos comerciales que a fuerza de utilizarse repetidamente han llegado a convertirse en auténtica fuente de derecho, con carácter supletorio de la norma escrita (Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios); MEDINA DE LEMUS, MANUEL. *Contratos de comercio exterior doctrina y formularios*. 3ª ed., Dykinson: Madrid, 2007, pp. 17 - 23.

⁴⁷⁹ AGUILAR NAVARRO, MARIANO. «Comentarios al artículo 9 la Ley uniforme de venta internacional de mercaderías». *Multitudo Legum*, Ius Unum, Band II, Festschrift für W. Wengler zu seinem 65 Geburtstag, Berlin, Inter Recht, 1973, pp. 17 - 41.

⁴⁸⁰ Vid. Número del caso 176, número de la CLOUT 13, Suprema Corte de Austria, 2 de febrero de 1995; Número del caso 579, número de la CLOUT 51, District Court for Southern District of New York, Estados Unidos, 10 de mayo de 2002, en este caso el Tribunal utilizó en artículo 9 de la CISG, haciendo referencia a los usos que las partes han convenido, que a su vez también eran ampliamente reconocidos en la esfera de la industrial, para llegar a la conclusión de que el demandado había aceptado la oferta y por lo tanto estaba obligado a suministrar la mercadería, que en este caso era clatrato. Número del caso 52, número de la CLOUT 4, Favárosi Biróság, Hungría 24 de marzo de 1992; Número del caso 176, número de la CLOUT 13, Suprema Corte, Austria, 2 de febrero de 1995, aunque la cantidad no era precisa, el Tribunal con arreglo a los artículos 7, 8 y 9 de la CISG, consideró que la referencia realizada de cantidad era costumbre y ampliamente conocida por los que hacen parte de la industria del gas natural; Número del caso 176, número de la CLOUT 13, Tribunal Supremo de Austria, de 2 de febrero de 1995.

igualmente a un incumplimiento de una cláusula del contrato⁴⁸¹. La falta de referencia habitual de la cantidad exacta, ofertas sin precio, los plazos de entrega, las formas de pago, la aceptación habitual del aplazamiento en el pago o un determinado descuento por pronto pago, la calidad de las mercaderías, la utilización de un determinado medio de comunicación para efectuar los pedidos, como también para contestarlos, la tolerancia en deficiencias de tipo cuantitativo o cualitativo de las mercaderías, etc., todos estos ejemplos aunque no sean establecidos en el contrato, pero cuando sucedidos, bajo ciertas circunstancias, son equiparadas a obligaciones del contrato.

Dentro de otras funciones, y haciendo un paréntesis, pero con la finalidad de demostrar la importancia del artículo 9 CISG desarrolla, cabe destacar que también tiene una función de amparo para aquellas relaciones mercantiles que no hacen el uso debido de las reglas de protección en caso de demanda, como por ejemplo, para aquellos contratantes que no tienen la costumbre de hacer contrato escrito de compraventa. Es decir, los casos en que ya se tornó una práctica comercial entre ambos, en caso de demanda se puede perfectamente hacer uso del artículo 9 CISG sin ningún prejuicio, como si de un contrato escrito tratara. La CISG no formula ningún tipo de exigencia de forma, pero es cierto que un contrato escrito proporciona muchas más seguridad probatoria que no tener nada en las manos.

De acuerdo con el análisis del artículo mencionado y haciendo conjuntamente una interpretación de los artículos 14 y 55 CISG se deben tener en cuenta las palabras introductorias de este último que dice: *«cuando el contrato haya sido ...»*, un contrato de compraventa puede ser válidamente celebrado sin que se fije el precio o no establezca la cantidad si la voluntad de las partes, o sus usos o las prácticas, así lo demuestren, que es justamente lo que dice el artículo 9 CISG *«Las partes quedarán por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas»*.

Así, los preceptos del artículo 9 CISG vienen a corroborar la tesis que la CISG puede ser aplicada a los contratos de distribución, mismo que no se verifique

⁴⁸¹ GODDARD ADAME, JORGE. *El contrato de compraventa internacional*. México: McGraw-Hill, 1994, p. 56.

expresamente el pacto de cantidad y/o el precio en el contrato⁴⁸². Ya que la CISG debido a la existencia del artículo 55 que prevé la posibilidad de dar validez a contratos celebrados sin que se fije el precio, siempre se puede establecer los elementos que faltan a través de los usos que hayan convenido o por las prácticas que hayan establecido entre ellas o por último que sea ampliamente reconocido como una práctica en el mercado que haga parte. Sin embargo, la existencia del artículo 55 de nada serviría si no fuera la presencia de los artículos 7, 8 y 9 que nos ayuda a la interpretación de estos casos dando respaldo y garantías a la aplicación del artículo 55 de la CISG.

III. PRINCIPIO DE LA CONSERVACIÓN DE LOS CONTRATOS

Una vez que hemos analizado los artículos responsables por la interpretación de la CISG, pasaremos a analizar el principio de conservación de los contratos o *favor contractus*. Este principio nos puede ayudar a mantener los contratos válidos bajo la aplicación de la CISG, en este sentido, la doctrina valora el principio de la conservación del contrato como un importante instrumento jurídico utilizado a la hora de interpretar los contratos⁴⁸³.

Encontramos el principio de la conservación del negocio jurídico en la célebre frase de Juliano «*actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*». El Digesto la recoge con el sentido que los contratos deben ser interpretados con el fin de dar validez a lo pactado⁴⁸⁴. Siempre que resulta ambigua una expresión en las acciones o excepciones. Es decir, se debe interpretar lo pactado con la intención de salvar y por consiguiente dar continuidad al contrato. Sin embargo, para interpretar el contrato con el objetivo de conservarlo, anteriormente se debe observar la existencia

⁴⁸² Número del caso 215, número de la CLOUT 18, Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997.

⁴⁸³ CARIOTA FERRARA, LUIGI, *El negocio jurídico*, Trad. Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, p. 325; LAFONT PIANETTA, PEDRO, *Manual de Contrato*, Tomo III, Contratación Internacional, Librería del Profesional, Bogotá, 2004, p. 271.

⁴⁸⁴ En este mismo sentido encontramos el artículo 5.106 de los Principios UNIDROIT- Interpretación útil: «*Se debe preferir la interpretación de las cláusulas de un contrato que las haga lícitas y efectivas frente a la que las haría ilícitas o ineficaces*».

de la intención de las partes de quedar obligados jurídicamente porque se trata de la esencia del contrato, si no hay intención de ambas partes no hay contrato, por mucho que se observen todos los requisitos del mismo⁴⁸⁵.

Se trata de una regla de interpretación que se destaca, por un lado por su carácter tradicional, y por otro lado por la aceptabilidad de los diversos Códigos Civiles de diferentes sistemas jurídicos y incluso por la nueva *lex mercatoria*⁴⁸⁶. Por lo cual, su aplicabilidad a nivel internacional no tendrá mayores problemas⁴⁸⁷. Se puede hacer uso de este principio como medio para justificar jurídicamente y, de forma concisa, la importancia de la utilización de todos los medios idóneos para la conservación del negocio jurídico, con el objetivo de no frustrar las expectativas creadas por los contratantes, aportando a los contratos de compraventa internacional, que no cumplen con los requisitos clásicos para la perfección del contrato, bases para su perfección.

Haciendo uso del principio de la conservación del negocio jurídico (*favor contractus*), se obtiene como consecuencia la efectividad y seguridad del contrato, abarcando la real necesidad del comercio internacional y de sus mecanismos de

⁴⁸⁵ LABARIEGA VILLANUEVA, PEDRO ALFONSO, «La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos», Revista de Ciencias Jurídicas, N.º 112 (51-86), enero-abril 2007, p. 72.

⁴⁸⁶ CC español artículo 1284; CC brasileño artículo 421, que trata de la función social del contrato, y a su vez en el Consejo de Justicia Federal en el enunciado N.º 22, pronunció que la función social del contrato prevista en el artículo 421 del CC, constituye cláusula general que refuerza el principio de la conservación del contrato. En el BGB artículo 2084; CC italiano artículo 1367 CC; CC holandés artículo 1380; CC chileno artículo 1562; CC uruguayo artículo 1300; CC peruano artículo 1706. Como también se observa su presencia en el artículo 5:106 de los PECL, rubricado como interpretación útil, el cual dispone: «Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen». Y en los Principios UNIDROIT artículo 4.5.

⁴⁸⁷ LABARIEGA VILLANUEVA, PEDRO ALFONSO, «La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos», Revista de Ciencias Jurídicas, N.º 112 (51-86), enero-abril 2007, p. 72. Por otro lado, la doctrina trata del principio de conservación del contrato de diversas formas, tales como conservación del contrato (*favor contractus*), o del negocio jurídico (*favor negotii*), o más ampliamente del acto jurídico (*favor acti*), por otra parte también se habla del principio de conservación de la sentencia (*favor sententiae*) y de otros actos procesales y, en fin, del principio de conservación de la norma jurídica; en otras palabras, se trata de aspectos particulares del más amplio principio de conservación del acto jurídico, que en una formulación concisa podría enunciarse con GRASSETTI como «todo acto jurídico de significado ambiguo debe, en la duda, entenderse en su máximo significado útil».

dinámica y reproducción⁴⁸⁸. Su finalidad es asegurar el dinamismo de las relaciones contractuales, en efecto, se quiere reconocer la eficacia, en la medida de lo posible, a aquellos aspectos de las iniciativas y de las actividades puestas en ejecución por las partes⁴⁸⁹.

Después de esta pequeña ambientación sobre el principio de la conservación de los contratos viene la oportuna pregunta: ¿Y cómo el principio de la conservación del contrato nos puede ayudar a argumentar sobre la aplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución? Nos puede ayudar en el sentido que, en los casos en los cuales el juez o el árbitro tengan dudas acerca de la aplicabilidad de la Convención de Viena al contrato de distribución por divergencia sobre la validez del contrato por falta del precio se puede hacer uso del principio de la conservación del contrato y aplicar el artículo 55 de la CISG. Sin embargo, el principio de la conservación del contrato no sólo está limitado a corregir la falta del elemento precio, también tiene la capacidad de subsanar otras situaciones, como por ejemplo, la ratificación cuando es necesaria, la convalidación de los actos, la aclaración de situaciones, la ineficacia parcial y el saneamiento de la invalidez, y lo más importante, la interpretación preferencial por la eficacia, con el objetivo de sanar determinados equívocos del contrato y por consiguiente mantener el contrato vivo⁴⁹⁰.

En este sentido, y enfocando en nuestro objetivo que es rebatir los argumentos de inaplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución en virtud de la falta del precio, defendemos que el principio de la conservación del contrato conjuntamente con el artículo 55 de la CISG tienen como objetivo subsanar la falta del precio en el contrato. Sin embargo, para que el principio de la conservación

⁴⁸⁸ CARIOTA FERRARA, LUIGI, *El negocio jurídico*, Trad. Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, p. 326 y ss.

⁴⁸⁹ En aplicación de este principio, un Tribunal se refirió expresamente al *favor contractus* Schweizerisches Bundesgericht Suiza, 28 de octubre de 1998. www.unilex.info. Mientras que otro decidió que «la resolución del contrato constituía simplemente un recurso de *ultima ratio*», Oberster Gerichtshof, Austria, 07 de septiembre de 2000. Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

⁴⁹⁰ BOHÓRQUEZ ORDUZ, ANTONIO. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley, Vol. 3, 2013.

pueda ser aplicado, es imprescindible que se observe la voluntad de las partes de celebrar el contrato, pues su función es la salvación de los contratos, por tener la vocación de saneamiento, pero siempre dentro de los límites fijados por el ordenamiento⁴⁹¹.

Entonces contestando la cuestión, si la doctrina utiliza como argumento para el rechazo de la CISG a los contratos de distribución la ausencia de los requisitos previstos en artículo 14 (precios), hemos visto que el principio de la conservación del contrato respalda la existencia y la importancia del artículo 55 dentro de la CISG, que es el artículo que da amparo a los contratos sin precio. Y con la aplicación consolidada del artículo 55 de la CISG a los contratos sin precio, el argumento del rechazo de la CISG a los contratos de distribución, por la falta de los elementos esenciales del contrato (artículo 14 CISG), pierde totalmente sus fuerzas.

1. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Sobre este tema nos hace relevante indicar qué posicionamiento UNIDROIT tiene sobre esta cuestión. UNIDROIT es una organización intergubernamental independiente creada en 1926, bajo el amparo de la Liga de las Naciones⁴⁹², cuya sede se encuentra en Roma⁴⁹³. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del comercio y el proceso de integración

⁴⁹¹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «*La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa Internacional, los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas*», Diario de la Ley, N.º 6725, Sección Doctrina, 31 de mayo de 2007, Año XXVIII, Ref. D-128, Editorial La Ley; BIGLIAZZI GERI, LINA, *Derecho civil*, Tomo I, Volumen 2, Trad. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 1042-1043.

⁴⁹² La página web del instituto www.unidroit.org ofrece toda las informaciones sobre los principios y acerca de la compilación.

⁴⁹³ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, LÚCIA ALVARADO HERRERA; MANUEL CLAVERO TERNERO; RAFAEL ILLESCAS ORTIZ; AGUSTÍN MADRID PARRA, DAVID MORÁN BOVIO (coordinadores), Thomson Aranzadi, 2º ed. 2003, pp. 108 y 109.

económica⁴⁹⁴. Desde de 1971 el Consejo y la dirección de UNIDROIT empezaron a trabajar en el proyecto de compilación de los principios generales de derecho contractual internacional⁴⁹⁵.

Los Principios UNIDROIT establecen un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las tradiciones jurídicas, condiciones económicas y políticas de los países que los aplican. Estos principios están compuestos de condiciones que son suficientemente flexibles para adaptarse a los continuos cambios provocados por el desarrollo tecnológico y económico que repercute en las prácticas comerciales internacionales. La razón por la cual los Principios UNIDROIT tienen más facilidad de que sean actualizados y revisados es debido a su carácter de *soft law*, puesto que son textos normativos que carecen de fuerza obligatoria de aplicación, siendo así los redactores de los Principios tienen mayor libertad para actualizar la norma. Sin embargo, y pese a la falta de obligatoriedad de aplicación al caso concreto, cada vez más observamos en la jurisprudencia la aplicación de los Principios como norma jurídica, mismo cuando las partes no hayan incluido en el contrato.

Este nuevo formato de texto uniforme, forma parte de la tendencia a perseguir, que se trata de la armonía a nivel internacional mediante normas que carecen de obligatoriedad y coercibilidad, al no ser impuestos por el órgano legislativo estatal correspondiente, ni ser un instrumento de derecho internacional, ya que no constituyen tratados. Conforme a lo dispuesto en el Preámbulo, los Principios UNIDROIT son aplicados a los contratos mercantiles internacionales en aquellos eventos en los cuales las partes hayan acordado regular dichas relaciones contractuales, inclusive tratándose de contratos nacionales⁴⁹⁶. O en los casos en que

⁴⁹⁴ Vid. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT», www.cisg.law.pace.edu.

⁴⁹⁵ OVIEDO ALBÁN, JORGE, «La formación del contrato en los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales», Revista Vniversitas, número 96, Pontifica de la Universidad de Javeriana, junio, 1999, p. 5.

⁴⁹⁶ En los comentarios al preámbulo de los principios de UNIDROIT, se anota: «Hoy en día, los jueces y Tribunales arbitrales, tienden cada vez más a abandonar dichos métodos nacionales «Iusprivatistas», se percibe una tendencia hacia una interpretación e integración de textos internacionales con base en

se aplique la CISG, ya que en ésta hipótesis los contratos UNIDROIT vienen por atracción⁴⁹⁷.

Pues bien, en este sentido utilizaremos los Principios UNIDROIT como fundamentación jurídica para demostrar la posibilidad de aplicación de la CISG a los contratos de distribución, aunque en el contrato marco no tengan precio o cantidad exactas, puesto que ésta es la función del Principios UNIDROIT, la de interpretar, complementar o reforzar el derecho elegido por las partes. Como también, es aplicado mismamente cuando las partes no han elegido el Derecho aplicable al contrato, puesto que en el Preámbulo de los Principios UNIDROIT así lo considera - método de integración de las lagunas.

Hemos dicho anteriormente que la doctrina utiliza como argumento para la inaplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución el no cumplimiento de los requisitos del artículo 14 de la CISG, ya que éste establece que las ofertas sólo serán válidas, si expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. Y como en algunos contratos de distribución ambos requisitos es de difícil cumplimiento, por esta regla estos contratos no son capaces de cumplir con los requisitos dispuestos en el artículo 14 de la CISG, y por lo tanto la convención no es inaplicable a estos tipos contractual.

Ocurre que, analizando sentencias y laudos arbitrales donde se verifica la aplicación de la CISG, observamos que para los casos de interpretación de la CISG existe una tendencia a aplicar tanto a los Principios UNIDROIT como a los PECL, que trataremos más adelante. Siendo así, los utilizaremos bajo dos vertientes: una es más específica, porque trataremos de despejar la duda sobre la existencia de una posible contradicción entre los artículos 14 y 55 CISG, y la otra es más générica, sobre la posibilidad de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución.

principios uniformes, autónomos e internacionales. Este es el enfoque que ha sido expresamente aprobado en las convenciones mas recientes. » www.cisg-online.ch.

⁴⁹⁷ La aceptabilidad de los principios de UNIDROIT superó las expectativas de los redactores, prueba de ellos que en la actualización de los principios en el año de 2004, los redactores modificaron el Preámbulo añadiendo su posibilidad de aplicación en la interpretación y/o complementar los casos del Derecho nacional y en los casos en los cuales las partes no hayan elegido el Derecho aplicable al contrato.

Pues bien, en el apartado responsable sobre la *formación del contrato* de los Principios UNIDROIT en su artículo 2.1.2, disponen como requisitos lo que se debe contener en una oferta. Indica que la oferta debe ser suficientemente precisa y debe existir la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación.

Artículo 2.1.2 Principios UNIDROIT:

«Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación»

De la lectura del artículo 2.1.2 se entiende por precisión de la oferta, la que en sus cláusulas debe indicarse con suficiente claridad los elementos que integran el contrato, los cuales a pesar de no estar necesariamente determinados deben ser por lo menos determinable, mediante las prácticas o usos internacionalmente aceptados⁴⁹⁸.

El texto de los Principios UNIDROIT es, hasta cierto punto, muy parecido al artículo 14.1 de la CISG, aunque no es igual, ya que se diferencia en un punto primordial, los Principios no hacen referencia expresa a las cuestiones relativas a «cantidad» y «precio» para determinar si la propuesta es suficientemente precisa para constituir una oferta. En este punto los Principios son más avanzados, porque se centran exclusivamente en la cuestión de la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación, proporcionando una solución más moderna y con mucha

⁴⁹⁸ El artículo 2.1.2 de los Principios UNIDROIT no define lo que se entiende por contrato, este artículo está implícitamente reconociendo la forma de cómo se forma el mismo, es decir, mediante un acuerdo de voluntades, el cual puede ser expreso o tácito. En primer lugar cuando el acuerdo de voluntad se produce mediante el intercambio de oferta y aceptación, en segundo lugar, cuando el consentimiento se manifiesta mediante actos inequívocos de ejecución contractual. Según el comentario en la web de UNIDROIT, encontramos la explicación aunque la oferta para ser válida debe cumplir con dos requisitos, debe (i) ser suficientemente precisa para permitir el perfeccionamiento del contrato mediante su simple aceptación, (ii) indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Sin embargo, aunque se tratan de términos esenciales, tales como la descripción de las mercaderías o servicios a ser entregados o prestados, el precio que se pagará por ellos, el tiempo y lugar de cumplimiento, podrían quedar indeterminados en la oferta, sin que esto implique necesariamente que no ha sido lo suficientemente precisa.

mayor flexibilidad. Es por esta mínima diferencia por lo que en los Principios se diferencian a la CISG en la cuestión de formación del contrato⁴⁹⁹.

El artículo 2.1.2 de los Principios trata sobre la intencionalidad de las partes que se traduce en el *animus contrahendi*. En nuestra opinión, como ya hemos dicho anteriormente, se trata del requisito más importante para la perfección del contrato, especialmente cuando se trata de los casos en los cuales se aplican el artículo 55 de la CISG, es decir, en los casos de contrato con precio abierto. Es a través de la manifestación de voluntad donde observamos la exteriorización de la misma realizada por las partes del contrato con la finalidad de dar a conocer hacia los demás lo que desea o lo que persigue, y a partir de la voluntad de las partes se podría entender el contrato celebrado aunque el precio todavía no fue concertado.

Siguiendo en esta mismo orden de ideas, cabría decir también que la intencionalidad de las partes de quedar obligados jurídicamente, es un requisito de tal importancia, que está presente en varios textos uniformes de gran relieve en el comercio internacional, como por ejemplo los propios Principios UNIDROIT (artículo 2.1.2), los PECL (artículos 2.102 y 2.201) y la CISG (artículo 14). Aunque nos parece racional que un tema de extrema consideración esté presente en estos textos uniformes, no nos parece muy lógico saber que todavía existen países que no reconocen la perfección de un contrato con la simple declaración de voluntad de perfeccionar el negocio, ya que se trata del elemento esencial más transcendente para la celebración del contrato.

Por otro lado, tenemos el artículo 5.7 (1) de los Principios UNIDROIT, veamos:

«Cuando el contrato no fije el precio o carece de términos para determinarlos, se considera que las partes, salvo a falta de cualquier indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si

⁴⁹⁹ ALBÁN OVIEDO, JORGE, «Comentario sobre la manera en que los Principios de UNIDROIT podrán utilizarse para interpretar o complementar el artículo 14 CISG». El artículo en la íntegra se puede ser consultada en la página web: www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni14.html.

no puede establecer el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable».

Este artículo fue creado sobre la expectativa de otro que ya existía, que es el artículo 55 de la CISG⁵⁰⁰, y como los redactores ya eran consientes del «problema» interpretativo entre los artículo 14 y 55 de la CISG, no quisieron que ocurriese el mismo con los Principios UNIDROIT. Siendo así, observamos que el artículo 5.7 de los Principios UNIDROIT responde a una norma mucho más flexible y mejor adaptada a las necesidades del comercio internacional.

Se trata de disposiciones muy parecidas, sin embargo existen tres diferencias muy importantes: La primera es en relación a la adopción de los principios por no incluir la frase: «*Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado...*» con la u e empieza el artículo 55 de la CISG. El motivo por el cual no se mencionó esta frase fue para que hubiese un perfecto equilibrio con el artículo 2.1.2 de los Principios UNIDROIT, de esa manera se evitó la aparente contradicción, que algunos doctrinadores defienden que existe, entre los artículos 14 y 55 de la CISG.

La segunda diferencia es la terminología utilizada en el artículo 5.7 de los Principios «precio razonable» en vez de «precio de mercado». El concepto de lo razonable es tan vasto que merecería un estudio específico sólo sobre este tema, y para los presentes Principios, lo que se entiende por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe que se halla en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a

⁵⁰⁰ «Este artículo -5.7 UNIDROIT- se inspira en el artículo 55 de la CISG. La norma tiene la flexibilidad necesaria para satisfacer las necesidades del comercio internacional. Es cierto que en algunos casos, el precio que generalmente se cobra en el mercado no puede satisfacer el criterio de razonabilidad que prevalece en el presente artículo. El recurso tendría que hacerse a la disposición general en la buena fe y lealtad negocial (art.1.7), o posiblemente a algunas de las disposiciones relativas a errores, el fraude y la disparidad de cifras brutas. Algunos contratos internacionales se refieren a las operaciones que son únicas o al menos muy específicas, respecto de las cuales no es posible referirse a los precios cobrados por un rendimiento similar en circunstancias similares». El Diario Oficial de UNIDROIT observaciones sobre el artículo 5.7 disponible en líneas en www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni55.html.

que el mismo se refiera⁵⁰¹. Por otro lado, el precio de mercado se define al que se realizan las operaciones en un mercado determinado, algo mucha más «palpable» y identificable. A pesar que *el precio razonable* y *el precio de mercado* no se identifiquen necesariamente, existe una suave diferencia entre los dos que casi desaparecería si pensamos que el comentario oficial de los Principios Europeos considera como precio razonable el precio que resulta aplicado por las tarifas existentes en el mercado⁵⁰².

Y por último, el artículo 5.7 de los Principios UNIDROIT estableció un método más detallado para la determinación del precio. En los artículos 5.7 (1), (2), (3) y (4) se traza el camino para la determinación del precio:

2. Cuando la determinación del precio a cargo de una de las partes y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.

3. Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o no quiera fijarlo, el precio será uno razonable.

4. Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen, que han dejado de existir o no son asequibles, se acudirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Entendemos que el artículo 5.7 trata de las prestaciones pecuniarias; se percibe la total libertad de las partes para elegir el método de fijación del precio. Esa regla es de gran alcance práctico capaz de responder a las necesidades del comercio internacional; encierra además una particular concepción del contrato que resultará extraña en muchos ordenamientos jurídicos internos. No es más necesario que el

⁵⁰¹ FERRANTE, ALFREDO, «Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿Son compatible en el *Draft Common Frame of Reference*?», *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero, 2010, p. 8. «..reasonable» «is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practise».

⁵⁰² Vid. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004/UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Thomson Aranzadi, D.L., Roma, 2007, pp. 143-145.

precio esté determinado o sea determinable en el momento de celebración del contrato, lo que en definitiva supone como aceptación de la validez de los contratos cuyo objeto no esté determinado. El fundamento de esta regla se encuentra en la autonomía de la voluntad y en el principio *favor contractus*, que tiene como objeto la conservación del contrato.

Este concepto está basado en gran medida en las disposiciones sobre el pago del precio, concretamente en el artículo 55 de la CISG lo que a nuestro juicio viene a reconocer la tesis que defendemos, que es válido la celebración de los contratos abiertos, desde que haya la voluntad de celebrar el contrato. Parece evidente que de los artículos 2.1.2 y 5.7 de los Principios UNIDROIT se desprende que el contrato es válido aunque el precio no esté determinado o sea determinable.

En consecuencia de esta conclusión, sacamos que aclarado la inexistencia de contradicción entre los artículos 14 y 55 de la CISG, siendo pues, su convivencia perfectamente posible, entendemos que la CISG es aplicable a los contratos de distribución con precio abierto, ya que son amparados por el artículo 55 de la CISG.

2. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

Al igual que los Principios UNIDROIT, los Principios Europeos de contratos, en adelante PECL⁵⁰³, entre otros propósitos, deben ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos de derecho uniforme, como por ejemplo la CISG, en el caso de los PECL sólo se aplicará dentro del ámbito de la Unión Europea. Tanto unos como otros son experimentos de codificación con gran éxito oriundos de un régimen jurídico emergente. En efecto, los PECL y los Principios UNIDROIT han resultado esencialmente semejantes en sus normas, consecuencia de una coordinación entre los grupos de trabajo, mediante la duplicidad de algunos de sus miembros⁵⁰⁴.

⁵⁰³ PECL (Principles of European Contract Law).

⁵⁰⁴ Díez-PICAZO, LUIS, ROCA TRIAS, MARÍA ENCARNACIÓN, A. M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 84. La relación existente entre los PECL y Principios

Aprovechando la influencia recíproca entre los PECL y los Principios UNIDROIT, los usaremos como instrumento de interpretación y complementación de la CISG, con el objetivo de fortalecer los argumentos de defensa de aplicación de la CISG a los contrato marco de distribución, pero centrándonos en el objeto del estudio de este apartado, que es demostrar que aunque los contratos de distribución no establezcan con exactitud cantidad o precio, aun así cabe la posibilidad de aplicación de la CISG a los contratos de distribución.

Los PECL son fuente de complemento de la interpretación de la CISG, que tienen como objetivo establecer una infraestructura de Derecho común de los contratos, facilitando el comercio transfronterizo dentro de la comunidad europea, el reforzamiento del mercado único, además lleva a cabo la función de mediación entre el *common law* y los ordenamientos jurídicos continentales del *civil law*, concretar la moderna *lex mercatoria* europea, también, significa un paso en el camino a la codificación del derecho contractual europeo, y probablemente por esa razón muchas de las fórmulas lingüísticas son abiertas con un constante recurso a cláusulas generales. Otra expectativa de los Principios es eliminar las dificultades en algunos sistemas jurídicos donde la ausencia o insuficiencia de determinación del objeto hace que el contrato sea nulo. El régimen de los PECL permite en muchas ocasiones conservar dichos negocios jurídicos.

Aunque la CISG fue una de las fuentes de inspiración de los PECL no se verifica una referencia específica a los elementos esenciales del contrato, tal y como se refleja en el artículo 14.1 de la CISG, que determina que una propuesta de celebrar un contrato constituirá oferta si es suficientemente precisa. Y para la CISG una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

El artículo 2.101 de los PECL establece sobre la oferta:

UNIDROIT es absolutamente clara. Muchas de las reglas tienen incluso una redacción idéntica o, por lo menos, muy similar y, además muchos de los miembros de la Comisión Lando, incluido e propio Ole Lando, habían sido antes miembros del grupo que redactó los Principios UNIDROIT. Otra fuente que influyó en la redacción de los PECL fue la CISG.

«Condiciones para la conclusión de un contrato: (1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente».

De acuerdo con el artículo en cuestión, el contrato queda concluido si las partes tenían la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y han alcanzado un acuerdo suficiente sin ningún otro requisito. Por otro lado, tenemos el artículo 2.102⁵⁰⁵ de los PECL que nos indica cómo se concreta la intención de las partes. Podemos observar que el artículo 2.102 complementa perfectamente al artículo anterior -2.101, resaltando, además, la importancia de la voluntad de quedar obligado. Matizando que la voluntad de una de las partes de quedar jurídicamente vinculada por el contrato se determina por sus declaraciones o conductas, en la forma en que unas y otras fueran razonablemente entendidas por la otra parte, es decir, la voluntad contractual se determina por las declaraciones o las conductas tal y como ellas fueran entendidas por la otra parte⁵⁰⁶.

Como podemos observar el artículo 2:201 de los PECL no recoge como requisito la presencia de los elementos del contrato, considerados por el sistema *civil law*, como por ejemplo Francia, España, Bélgica, Luxemburgo, Italia y Portugal consideran como elementos esencial el precio, obviamente no el único. Lo que nos lleva a creer que pese a su importancia dentro del contrato no se trata de un elemento determinante para sacar de dudas de si existió o no existió la perfección del contrato.

Por consiguiente, para el PECL el elemento esencial del contrato es la voluntad de las partes de quedarse jurídicamente vinculadas. Entonces, en los

⁵⁰⁵ Artículo 2:102: Intención: La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte.

⁵⁰⁶ Hay que considerar las expectativas creadas por la otra parte. Imaginemos la siguiente situación: Una empresa X empieza a negociar con la empresa Y, pero como de costumbre, nada se habla sobre el precio, con el estado avanzado de las negociaciones y con la observación del comportamiento adoptado por la empresa Y (ya que no era la primera vez que X hacía negocios con Y), la empresa X entendió que el contrato estaba perfeccionado y pensando de este modo envió las mercancías. Ocurre que, por conveniencia, la empresa Y alega que el contrato es nulo por falta de precio. Según el artículo 55 CISG y el artículo 2.102 de los Principios europeos esta alegación no es pertinente, ya que los comportamientos de la empresa Y llevaron a la empresa X a creer que el contrato estaba perfeccionado. Para ésto, los jueces antes de estimar las pretensiones de cumplimiento contractual o de los daños derivados de los incumplimientos, deben estar en condiciones de juzgar la legalidad y la moralidad de los compromisos establecidos en el contrato.

contratos de distribución que se apliquen la CISG, pero que la cantidad o el precio no estén claramente fijado, además de tener la opción de aplicar el artículo 55 de la CISG que trata de contratos con precio abierto⁵⁰⁷, también podemos aplicar el artículo 2:101 de los PECL que no hacen referencia a los elementos esenciales del contrato. Y también podemos aplicar el artículo 6.104⁵⁰⁸ de los PECL, sobre la determinación del precio, cuando en el contrato no se fije el precio o no se establezca un método para determinarlo, se considera que las partes han estado de acuerdo en un precio razonable⁵⁰⁹.

Otro artículo relacionado al tema ahora tratado es el artículo 5.106⁵¹⁰ de los PECL, que enfoca dos puntos importantes: la interpretación y la efectividad del contrato, lo que se traduce al principio de la conservación del contrato *favor contractus*, es decir, si la ambigüedad de un acto o hasta de una cláusula del contrato, que puede llevar a una interpretación ilógica, donde la consecuencia sería la anulación del contrato, según el artículo 5.106 de los PECL debe ser interpretada en el sentido que permita la conservación. Por ello, si hay dudas acerca de si la oferta es válida porque faltan elementos esenciales, sea el precio o la cantidad, la cuestión debe ser interpretada en el sentido de la conservación del contrato.

El artículo 6.104 y los siguientes están destinados a regular los contratos para que no haya dudas de que las partes tienen la intención de celebrarlo, pero en algunas situaciones puede ocurrir que los elementos no están determinados lo suficiente para que se pueda perfeccionar el contrato según las reglas del *civil law*. El caso más común es que el precio no esté determinado. Sin embargo, no se puede aplicar ese artículo cuando en el contrato haya expresamente indicación en contra, es decir, el

⁵⁰⁷ Vid. pp. 171 y ss de este trabajo.

⁵⁰⁸ Artículo 6:104: Determinación del precio: En los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio razonable.

⁵⁰⁹ Díez-PICAZO, LUIS, ROCA TRIAS, MARÍA ENCARNACIÓN, A. M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 280.

⁵¹⁰ Art. 5:106: Interpretación útil.

«Se debe preferir la interpretación de las cláusulas de un contrato que las haga lícitas y efectivas frente a la que las haría ilícitas o ineficaces».

hecho que, por ejemplo, el contrato se va a formar únicamente cuando exista un acuerdo sobre el precio⁵¹¹.

La solución que adopta el artículo 6.104 de los PECL es: en los casos en los cuales el contrato no fije el precio o el método para determinarlo y se observe por las declaraciones y voluntades de las partes que tenían la intención de quedarse obligadas legalmente, se entiende que las partes han pactado un precio razonable. En este sentido, dentro de las siguientes hipótesis para salvar un contrato que no especifique el precio, hay que tener en cuenta tres conjeturas: a) la mercancía fue solicitada con urgencia y no hubo oportunidad de llegar a un acuerdo en relación al precio⁵¹²; b) no hay costumbre de preguntar el precio o las partes suelen perfeccionar contratos sin precio; y c) el comprador y el vendedor dejan en las manos de un tercero la fijación el precio⁵¹³.

El artículo 6.105 PECL permite que la determinación del precio sea hecha unilateralmente por una de las partes. Sin embargo, esa determinación debe hacerse de manera razonable, porque en caso contrario, la parte perjudicada puede perfectamente demandar a la arbitrariedad de la otra parte, pudiendo el Tribunal reducir el precio a niveles razonables.

Los ordenamientos jurídicos de muchos países están de acuerdo con los Principios Europeos, en relación a la determinación del precio unilateralmente, pero siempre que sea razonable. Son ejemplos: el Derecho alemán, el portugués, el griego, el danés, el sueco, el finlandés, el inglés, etc. Sin embargo, por la regla general se exige el que el precio esté determinado. El Derecho español prohíbe la determinación unilateral, aunque la regla ha sido interpretada de manera restrictiva con el fin de

⁵¹¹ VINCZE, ANDREA. *Remarks on whether and the extent to which the Principles of European Contract Law (PECL) may be used to help interpret Article 55 of the CISG*, October, 2004. www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vincze2.html

⁵¹² Por ejemplo, cuando una pieza de la maquina principal de la fabrica se estropea, comprometiendo toda la producción, en estos casos el precio de la pieza es insignificante en comparación con la pérdida de la producción. Es importante alertar que en caso de urgencia, el precio tiene que ser razonable (sobre la óptica del artículo 6:104 PECL) generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato⁵¹² para tales mercaderías vendidas en circunstancias semejantes en el comercio en cuestión (según el artículo 55 CISG).

⁵¹³ Comentario y notas: Artículo 6:104 PECL: Determinación del Precio, Comparación con los Principios del Derecho contractual europeo (PECL) www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp55.html#6104.

preservar el principio general establecido en el artículo 1256 CC. Igualmente en el Derecho brasileño se considera nulo el contrato donde una de las partes fije el precio unilateralmente del producto. El Derecho francés, el belga, el italiano y el Derecho de Luxemburgo no permiten la determinación del precio unilateralmente.

Conjuntamente con el artículo 55 CISG y el artículo 6.105 PECL, artículos que tratan de temas muy actuales y polémicos, uno sobre la cuestión de los precios abiertos en los contratos y el otro sobre la fijación del precio por una de las partes unilateralmente. El contenido del artículo 6.105 PECL no merece grandes preocupaciones, por más que en muchos países tengan el Derecho de tradición romana no permitan tal prerrogativa a una de las partes, éstas no pueden determinar el precio de forma aleatoria, porque en el propio artículo se establece que el precio debe ser razonable.

No obstante, en la CISG no existe un precepto semejante al artículo 6.105⁵¹⁴ y 6:106⁵¹⁵ PECL que ofrecen posibilidades de determinación del precio en los casos de ofertas con precio abierto. Su aplicación para interpretar el artículo 55 CISG no deja de tener su valor para ayudar a la interpretación, puesto que los PECL están cumpliendo la función de fuente del derecho internacional, debiendo ser usada en concordancia con otras fuentes, siempre que sean compatibles entre sí.

El artículo 6.106 trata de la determinación del precio por un tercero. Esta determinación será realizada, en primer lugar, cuando la situación en la que el tercero no puede o no quiere hacerlo y, en segundo lugar, si su determinación es manifiestamente irrazonable. La aplicabilidad de la presente disposición a los artículos 14 y 55 CISG depende de la admisibilidad de la determinación del método de fijación del precio; basta con referirse a la determinación de un experto y también

⁵¹⁴ Artículo 6.105: Determinación unilateral por una de las partes Aun cuando exista una estipulación en contra, si la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deja en manos de una de las partes y lo así determinado resultase manifiestamente irrazonable, el precio o elemento referido se sustituirá por otro razonable.

⁵¹⁵ Art. 6:106:1. Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al juez o Tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello.

2. Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable.

cuando las partes hayan convenido, explícita o implícitamente, que el precio puede ser fijado por un tercero. El propósito del artículo es salvar el contrato en caso de que la tercera persona elegida no pueda llevar a cabo su tarea o se niegue a hacerlo.

En este mismo sentido, el artículo 6.107⁵¹⁶ da una solución a los precios o cualquier otro elemento que se determina con base a un índice de determinación inexistente. El artículo 6.107 dispone que el precio, o por ejemplo, la cantidad se determinen en función de un factor que no existe, dejó de existir o de ser accesible. Como en la CISG no existe una disposición similar para auxiliar en los temas relacionados con la fijación del precio o cantidad, también está destinado a salvar el contrato. Es sin duda una herramienta muy útil y adecuada para emplear en los casos de aplicación de la CISG a los contratos de distribución, juntamente con la intención de las partes, los usos, las prácticas y conductas ulteriores de las partes y las negociaciones.

En el perfeccionamiento de un contrato, las partes no sólo intercambian oferta y aceptación, sino que existe algo mucho más trascendental que la simple burocracia del cumplimiento de los requisitos de la oferta; es la llamada autonomía de la voluntad, es decir, las partes son libres para establecer un acuerdo por el que se vinculan entre ellos, aunque el precio no haya sido firmado. El contrato puede ser considerado válidamente celebrado cuando analizadas las circunstancias se concluye que la voluntad de las partes exprese la intención de quedarse vinculado, aunque el precio no haya sido fijado.

Y es precisamente esta fuerza sustancial que la intención de quedarse vinculado para el perfeccionamiento del contrato, desprende. Lo mismo aporta el artículo 2-305 del Código Uniforme del Comercio (UCC) cuando indica que el elemento clave para que las partes celebren un contrato de venta, aunque el precio no se resuelva, es la *intención* de las partes para hacerlo. Si en una determinada demanda, una de las partes puede probar que tenía la intención de celebrar un contrato, el contrato deberá ser perfeccionado de acuerdo a los términos en que fue acordado.

⁵¹⁶ Cuando el precio o cualquier otro elemento del contrato debe determinarse en función de un índice que no existe, que ha dejado de existir o que ya no es accesible, el índice de referencia se sustituirá por el índice equivalente más próximo.

Desde 1995 la jurisprudencia confirmó tanto la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT, como también la de los PECL en la CISG, que deben ser considerados como principios generales en los que se basa la CISG⁵¹⁷. Tales principios juegan un papel muy importante dentro de la Convención, porque tienen el objetivo de interpretarla, integrarla y cumple su papel⁵¹⁸. Y sólo a falta de tales principios, el operador estará autorizado a recurrir a la norma de derecho interno, en último caso⁵¹⁹.

IV. VALIDACIÓN POR LOS TRIBUNALES. CONTRATO SIN PRECIO

Ahora bien, una vez que hemos llegado a la conclusión que los artículos 14 y 55 CISG no sólo no se contradicen, sino que además se complementan, y consecuentemente también demostramos que es posible la aplicación de la CISG a los contratos marco de distribución aunque no tengan el precio definido. Después de llegar a estas conclusiones, hay que señalar, que no podemos olvidar, de la gran dificultad de crear aislada un texto legal universal con las características de la CISG, además después del esfuerzo inmenso de aglutinar diferentes sistemas jurídicos en una sola norma, nada y nadie pueden garantizar en absoluto su aplicación, y en este sentido, la CISG puede considerarse un éxito desde el punto de vista práctico y

⁵¹⁷ En caso *Alter y Sons, Inc. v. Ingenieros y Constructores Unidos, Inc.*, es de 1973. Se dictó sentencia con base a las disposiciones de la UCC, adoptadas por el Estado de Illinois. Un vendedor de equipos de bombeo presentó una demanda contra el comprador por incumplimiento del contrato de venta supuesta porque el comprador canceló y repudió el acuerdo. En este caso, todos los elementos de un acuerdo de venta se acordaron mutuamente entre las partes, pero el precio de venta se mantuvo abierto. Por lo tanto, en el presente caso el Tribunal tenía la misión de declarar si existió un contrato de compraventa entre las partes. El Tribunal sostuvo que la intención de las partes en relación con la cuestión de si se hizo un contrato debe determinarse a la luz de los hechos y conductas de las partes. Por lo tanto, el Tribunal consideró que el vendedor conocía la intención del vendedor de comprometerse para la adquisición, modificación y envío del equipo de la fuerza de esas representaciones y como la falta de acuerdo en cuanto a los precios de venta era incompatible con la preocupación principal del comprador que en ese momento crítico en el tiempo sus necesidades de equipo se llenaron con carácter de urgencia. En consecuencia, la Corte resolvió que un acuerdo de venta se concluyó, a pesar del hecho de que el precio de venta queda por determinar. Fuente página web www.cisg.law.pace.edu/cisg.

⁵¹⁸ MARTÍNEZ CAÑELAS, ANSELMO, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, de 11 de abril de 1980, Comares, Granada, 2004, p. 117.

⁵¹⁹ Laudo arbitral de 1995, citado por la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, número 8128/1995.

operativo. En la actualidad conocemos más de ochocientas decisiones⁵²⁰ tanto arbitrales como judiciales, que han aplicado o invocado alguna disposición de la CISG. De hecho, puede afirmarse sin temor alguno que el elevado grado de aplicación que la CISG ha alcanzado en estos años despeja cualquier sombra de duda sobre el eventual peligro de ésta, que con el tiempo, se convierta en «letra muerta», tal como ha ocurrido con otras convenciones internacionales, como por ejemplo, la Convención de la Haya de 1964.

Después de las consideraciones anteriores y para finalizar el estudio del tema de la aplicación de la CISG los contratos marco de distribución con precio abierto, lo complementaremos con algunos casos en los cuales se aplicó la CISG a contratos de compraventa con precio abierto.

En el caso 106, número de la CLOUT 8, Austria, 10 de noviembre de 1994, se estimó que la propuesta era suficientemente precisa por el comprador austríaco que encargó en Alemania una gran cantidad de pieles de chinchilla de calidad mediana o superior a un precio de 35 a 65 marcos alemanes. Se consideró que la propuesta era suficientemente precisa porque el precio podría perfectamente ser calculado en función de la cantidad de pieles y por el precio del mercado⁵²¹. El Tribunal también tomó en consideración el comportamiento del comprador austríaco que aceptó las mercancías y las vendió, sin cuestionar el precio, cantidad y calidad. Por ello, el Tribunal aplicó el artículo 55 de la CISG.

Otro juicio importante fue en el caso número 52, número de la CLOUT 4, se trata de un ejemplo muy interesante de compra de mercadería, sin que se hubiese mencionado los aspectos de cantidad, calidad y precio de la misma. El demandante, empresa alemana, demandó el pago del precio y de los intereses por las mercancías vendidas y entregadas al demandado (empresa húngara). Para comenzar, el

⁵²⁰ En la página web www.uncitral.org. La secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil y Internacional organizó un sistema para reunir y divulgar las decisiones judiciales y laudos arbitrales relativos a la CISG y a otras convenciones y leyes modelo elaboradas por la Comisión. El objetivo de este sistema es impulsar, a nivel internacional, el interés por los textos jurídicos elaborados por la Comisión y facilitar la interpretación y aplicación uniformes de esos textos.

⁵²¹ Número del caso 106, número de la CLOUT 8, Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CISG (CLOUT), Naciones Unidas Asamblea General, 2010, p. 4. Página web: www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V95/604/95/PDF/V9560495.pdf?OpenElement.

demandado negó la existencia del contrato y la entrega de las mercancías. Sin embargo, el Tribunal dedujo que la entrega había tenido lugar por la documentación facilitada por la aduana húngara y por la agencia de transporte que hizo entrega de las mercancías contra un recibo firmado por un empleado del demandado⁵²².

Así, el Tribunal húngaro para determinar el precio de las mercaderías, consideró que por las partes haber celebrado varios contratos anteriormente, reconoció la importancia de los usos y de las prácticas establecidas entre ellas, ya que el precio de las mercancías ya había sido determinado en contratos celebrados antes. Entendemos, que la decisión del Tribunal fue muy acertada, se pronunció en pro del principio de la buena fe (artículo 7.1 CISG) y de acuerdo con la *Regla de la Vinculación*⁵²³ (artículo 9 CISG). En este sentido, la sentencia confirmó que el contrato había sido perfectamente celebrado, aunque no tuviera algunos de los requisitos exigido por el artículo 14 CISG.

Sin embargo, en el caso número 53, número CLOUT 4, el vendedor, un fabricante americano de motores de aviación, tuvo largas negociaciones con el comprador-fabricante de aviones Tupolev húngaro, y éste realizó dos propuestas alternativas de compra de diferentes tipos de motores de aeronaves y, en consecuencia, el pedido fue realizado. La cuestión era saber si el contrato había sido válidamente celebrado o no⁵²⁴.

El Tribunal de primera instancia entendió que el contrato había sido válidamente celebrado, con el fundamento que la oferta indicaba las mercaderías y previa la determinación de la cantidad y del precio. El Tribunal superior no ratificó la

⁵²² Número del caso 52, número de la CLOUT 4, Fovárosi Biróság, Hungría, 24 de marzo de 1992. Caso anteriormente citado. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CISG (CLOUT), Naciones Unidas Asamblea General, 2010, p. 5. Página web: www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V94/239/19/IMG/V9423919.pdf?OpenElement.

⁵²³ Se pasa a adoptar este termo; Regla de la Vinculación en virtud del artículo 9 CISG, orientar: «Que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas». Es decir, los comportamientos de los contratantes observados durante las fase pre-contractual y contractual, hace ley entre las partes, sus actos son vinculante al contrato.

⁵²⁴ Número del caso 53, número de la CLOUT 4, Legfelsőbb Biróság, Hungría, 25 de septiembre de 1992. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CISG (CLOUT), Naciones Unidas Asamblea General, 2010, p. 2. Página web: www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V94/258/00/IMG/V9425800.pdf?OpenElement.

decisión del Tribunal de Primera Instancia, quién afirmó que la oferta era vaga y como tal era ineficaz, ya que no se podía prever la determinación del precio de los motores, y consecuentemente declaró que no hubo contrato válido.

Otro sentencia interesante es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) (nº. 783/2003), de 27 septiembre 2003. El caso versa sobre el alquiler de equipos de esquí para un grupo escolar entre un particular y una agencia de viajes. Las partes discuten sobre el precio del alquiler del equipo de esquí, sobre este asunto la Audiencia Provincial se refiere a las disposiciones de la CISG, en concreto al artículo 55, así como al artículo 277 del Código de Comercio, para indicar que «por la libertad formal y la rapidez de la contratación en el comercio, no es rara la circunstancia de que no se determine el precio». La aplicación del artículo 55 de la CISG en otros tipos de contratos diferentes de la compraventa, no sólo demuestra de la fortaleza y seguridad que la Convención transmite, pero también de la practicidad que el artículo 55 ofrece a la hora de resolver contratos sin precio.

Para finalizar, entendemos que el problema de la supuesta falta de coordinación entre los artículos 14 y 55 de la señalada Convención es un reflejo de la divergencia existente entre los sistemas jurídicos: del *civil law* y del *common law*, ya que ambos presentan discrepancias de posicionamiento sobre este tema. Sin embargo, la existencia de los dos artículos en la Convención no sólo fue una solución de orden de aprobación de artículos, tema que ya hemos tratado anteriormente⁵²⁵, sino que fue una solución diplomática encontrada por sus organizadores, que satisface ambos sistemas jurídicos. Para los del *civil law* corresponde el artículo 14 CISG, pues hay exigencia de un precio determinado o al menos determinable. Y para aquéllos que son del sistema *common law* se ajusta mejor el artículo 55 CISG, teniendo la opción de hacer la reserva del 92 CISG, esto es, hacer la declaración que no quedará obligada por la Parte II de la Convención donde está situado el artículo 14 CISG.

Lo normal en un contrato de compraventa internacional es que el precio esté acordado por las partes en el momento de la perfección del contrato, aunque puede ocurrir que en determinadas situaciones los negociantes estén de acuerdo en comprar

⁵²⁵ Vid. pp. 171 y ss de este trabajo.

y vender una determinada mercancía, o sea, con la simple declaración de voluntad de las partes de quedar obligados por su propia iniciativa, el contrato puede ser perfectamente celebrado. Lo mismo ocurrirá a pesar que no se realice ninguna mención respecto al precio del contrato, sea porque se confía en la aplicación del precio usual o normal, o bien porque se prevé que con posterioridad se llegará a un acuerdo. Por lo expuesto, rechazamos las posturas que plantean que el contrato no será válido si no se determina el precio.

Después de analizar la aplicabilidad de los artículos 14 y 55 CISG bajo distintos ángulos, nuestra opinión es que el artículo 14 CISG entra en juego cuando las partes han acordado el precio, sea de forma expresa o tácita, o sea que han fijado algún medio para su posterior determinación. Por lo tanto, es en las situaciones donde no fue posible la aplicabilidad de tal artículo, se aplicará el artículo 55 CISG, siempre y cuando las partes así lo hubiesen acordado, es decir, cuando la ausencia del precio en el momento de la perfección del contrato resulte de una práctica a la que se recurre con frecuencia y reiteradamente o cuando haya voluntad por de ellos. Por ejemplo, puede ocurrir el caso de los productos con precios bastante variados, como, por ejemplo el petróleo, el carbón, los cítricos, etc.

Por lo tanto, en los casos en los cuales se aplican el artículo 55 CISG, pero que no exista una referencia de un contrato anterior, se acudirá normalmente a la aplicación de un precio razonable o el precio que se hubiese fijado en el mercado en el momento de la perfección del contrato. La misma regla sirve para aquellas situaciones de emergencia en las que no se menciona el precio en la oferta por tratarse de un caso de extrema necesidad, como, por ejemplo, la sustitución de una pieza que de ella depende toda la producción y sin ella la fábrica pare; en estos casos el valor de la pieza es irrisorio si lo comparamos con la cantidad de dinero perdido por la fábrica al estar parada.

Y, por último resultará aplicable el artículo 55 CISG en casos en los que se ha llevado a cabo la reserva del artículo 92 CISG, se trata de una reserva prevista por la Convención que admite la posibilidad de que los Estados que lo deseen puedan excluir la parte II (formación del contrato) o la parte III (compraventa de mercaderías). Para aquellos países que no ratificaron la parte II de la Convención de

Viena y en el Derecho interno se permita que un contrato pueda perfeccionarse, aunque el precio no sea cierto el artículo 55 CISG es perfectamente aplicable.

Entendemos que, la regla es la aplicabilidad del artículo 14 CISG donde los requisitos deben estar presentes en el contrato, por tratarse de elementos esenciales de ello. Con todo, a nuestro juicio creemos que un contrato jamás debe dejar de ser celebrado por la falta del precio, porque para esto está el uso del artículo 55 CISG.

En hipótesis alguna pensamos que no se deban respetar los requisitos esenciales del contrato, en el momento que estamos estimulando el uso del artículo 55 CISG, son embargo creemos en la flexibilidad de las normas, el progreso de las relaciones comerciales, la adaptación de las normas a la realidad del comercio internacional, lo que manifiesta que cuanto menos rígidas sean las normas del comercio internacional más contratos serán efectuados.

Ambos artículos ayudaron a la Convención de Viena a ser un texto más moderno, flexible y completo, en tanto atendieron a los sistemas del *common law* y del *civil law*, a través de un derecho uniforme cada vez más aceptable por los países, desarrollado, coherente y sistemático que facilita además el recurso a una regulación uniforme, contribuyendo a un menor recurso al derecho interno. Así, concluimos que no existe contradicción alguna entre los artículos anteriormente mencionados; por el contrario, ambas disposiciones se complementan mutuamente, siendo perfectamente posible la existencia de las dos en la misma ley uniforme.

CAPÍTULO IV

CAPÍTULO IV

IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE PROBLEMAS ESPECÍFICOS EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA CISG

I.	Planteamiento general.....	237
II.	Los pactos de exclusiva en los contratos de distribución.....	237
	1. Definición del pacto de exclusiva (Naturaleza jurídica).....	239
	2. Las formas de cláusula de exclusiva.....	250
	3. La falta de regulación del incumplimiento de la obligación de exclusiva.....	255
a)	Aplicación del derecho nacional en caso de incumplimiento de la obligación de exclusiva	256
b)	Aplicación de la CISG en caso de incumplimiento de la obligación de exclusiva.....	258
i.	El incumplimiento de la obligación de exclusiva se caracteriza como un incumplimiento esencial bajo los parámetros de la CISG.....	265
ii.	Definición del principio del incumplimiento esencial.....	266
iii.	El grado del vínculo obligacional	270

IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE PROBLEMAS ESPECÍFICOS EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y SU RELACIÓN CON LA CISG

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Después de tratar en el capítulo III sobre la posible contradicción de los artículos 14 y 55 de la CISG, donde hemos llegado a la conclusión que no hay contradicción entre ellos, todo lo contrario son artículos que se complementan entre si. Consecuentemente entendemos que por no haber tal contradicción, el artículo 55 de la CISG deja la puerta abierta para la aplicación de la CISG a los contratos de distribución con precio abierto, ya que parte de la doctrina argumenta la no aplicación de la CISG a los contratos de distribución por la falta de elementos esenciales, como por ejemplo, el precio.

En este capítulo, pasaremos a estudiar a continuación uno de los elementos propio y caracterizador del contrato de distribución, que es el pacto de exclusiva, aspecto que la doctrina también declara que no se resuelve por la CISG⁵²⁶. A lo largo del texto trataremos de analizar el problema y estudiar la posible aplicación de la CISG para resolver los problemas que surjan del pacto de exclusiva.

II. LOS PACTOS DE EXCLUSIVA EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Los contratos de distribución en términos generales, son aquellos en los cuales al fabricante se obliga a entregar las mercaderías al distribuidor para que éste

⁵²⁶ MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, pp. 38 y 39. Además de la finalidad del contrato de distribución, que es la compra de productos para su reventa en una zona contractual definida, por un período de tiempo determinado o indeterminado, asumiendo el distribuidor el riesgo de la reventa, también encontramos, a su vez, ciertas obligaciones que caracterizan y dan forma a los contratos de distribución porque si no fuera por ellos, se tratarían de contratos de compraventa con entregas sucesivas o de apenas contrato de compraventa pura.

las revenda⁵²⁷. Es frecuente observar en este tipo de contrato la presencia de varios acuerdos verticales, que son condiciones que el fabricante y el distribuidor pactan con el fin de asegurar un elevado grado de integración y una forma de garantizar un mayor número de ventas al mínimo coste, posibilitando así la creación de una red de distribución y será a través de las redes de distribución que los productos llegaran a un número mayor de consumidores, explicando así la rentabilidad de este tipo de contrato⁵²⁸.

Un ejemplo de un elemento caracterizador, aunque no esencial como trataremos oportunamente, de los contratos de distribución son los pactos de exclusiva, el pacto de exclusiva dar lugar a una reserva por el fabricante, a favor del concesionario, de un territorio o zona geográfica en el que el primero únicamente vende al segundo los productos para su reventa⁵²⁹. El pacto de exclusiva tienen básicamente dos objetivos: El primero es limitar la competencia y el segundo es afianzar el distribuidor⁵³⁰. Consecuentemente se logra que el contrato perdure en el tiempo, y además se tiene un control sobre la comercialización de las mercaderías, garantizando el cliente por un largo periodo, ya que para el fabricante es más ventajoso económicamente tener un cliente permanente que un cliente incierto⁵³¹. Y

⁵²⁷ IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS. «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil». En *Estudios del Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 251-28; Vid. DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS. *El contrato de distribución exclusiva o de concesión*. En: Contratos mercantiles. VV.AA. Tomo I, 5ª edición, Navarra: Arazadi, Cizur Menor, 2013, pp. 727-779; GÓRRIZ LÓPEZ, CARLOS. *Distribución selectiva y comercio paralelo*. Navarra: Arazadi, Cizur Menor, 2007, pp. 31 y ss.

⁵²⁸ GARCÍA HERRERA, ALICE. *La duración del contrato de distribución*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, p. 146; GINER PARREÑO, CESAR, *Distribución y Libre Competencia (El aprovisionamiento del distribuidor)*, Motecorvo, Madrid, 1994, p. 86.

⁵²⁹ MENDIETA GRANDE, JAVIER Y IGLESIAS CASAIS, JOSÉ MANUEL, Director de la obra YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo IV, Thomson Arazandi, Navarra, 2014, pp. 730 y ss. Sobre el pacto de exclusiva, declara que por su transcendencia, la jurisprudencia ha vendido exigiendo que el pacto de exclusiva sea expreso, lo que normalmente conllevará que se acuerdo por escrito. En este sentido las sentencias españolas del STS 14 de febrero de 1997, 17 de mayo de 1999, 26 de julio de 1997.

⁵³⁰ En este sentido las sentencias españolas del 30 de noviembre de 1999, 1 de febrero de 2001 y 9 de febrero de 2004 hacen referencia al pacto de exclusiva de los contratos de distribución.

⁵³¹ AURELIO MENÉNDEZ, ÁNGEL ROJO, directores; RODRIGO URÍA; coordinación APARICIO, MARÍA LUISA, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 10ª ed., Civital Thomson Reuters, Navarra, pp. 102 y ss;

para conseguir la permanencia del cliente por más tiempo es necesario ofrecerle determinados beneficios, que le compensen económicamente estar afianzado a un determinado fabricante, no obstante, también cabe la posibilidad que sea el fabricante o principal quien esté afianzado al distribuidor o que sea recíproca la obligación⁵³².

1. DEFINICIÓN DEL PACTO DE EXCLUSIVA (NATURALEZA JURÍDICA)

El pacto de exclusiva tiene el respaldo jurídico en el principio de la autonomía de la voluntad y en el principio de libertad contractual⁵³³. Haciendo uso

PEÑA ROMERO, KAREN, *El pacto de exclusiva*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 41-42. «Es importante tener en cuenta que en un contrato pueden surgir junto a la exclusiva otras obligaciones adicionales vinculadas al pacto, esto es, se estipulan a causa del pacto pero son elementos que provienen de otro contrato base, de tal entidad que derivan en un real contrato mixto. Sin embargo, tal mutación no se debe a la inclusión de la cláusula de exclusiva, sino a un haz de obligaciones adicionales que desembocan en un contrato de naturaleza distinta. Considero que, en realidad, el pacto de exclusiva no incide en la prestación modificando su estructura, sino que su ámbito de acción es otro: la libertad contractual; esto es, limita el derecho que tiene el individuo a realizar un negocio jurídico determinado con terceros. Restringe la facultad de vincularse contractualmente a quien por ella queda obligado. Ya sea que el negocio jurídico se refiere a no vender, comprar, representar, cantar, entre otros, la obligación de exclusiva marca la limitación de no contratar con otro el mismo objeto de la prestación».

⁵³² CURTO POLO, MARÍA MERCEDES. «Pactos de exclusiva: Territorial o grupo de clientes. Excepciones a la exclusiva. Ventas directas del proveedor», en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, CARBAJO CASCÓN, FERNANDO (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 295. «Las cláusulas de exclusiva desde un punto de vista del proveedor constituyen un instrumento para la racionalización adecuada de sus ventas, asegurándose el suministro de su producto o servicio a un determinado distribuidor y limitando las posibilidades de competencia con otros bienes o servicios concurrentes. Desde el punto de vista del distribuidor, los pactos de exclusiva constituyen, en ocasiones, un incentivo determinante para contratar por cuanto es posible que el distribuidor se muestre reticente a incurrir en los gastos de inversión que le puede suponer la distribución de un bien o de un servicio si no se le asegura una cierta exclusividad en la comercialización del producto».

⁵³³ PEÑA ROMERO, KAREN. *El pacto de exclusiva*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 37. Dice que el pacto de exclusiva es un acuerdo de voluntades que genera obligaciones materializadas a través de una cláusula contractual. La cláusula de exclusiva se puede definir como un acuerdo voluntario entre las partes, quienes deciden limitar recíprocamente o unilateralmente su libertad de compra o de venta. Se puede observar la obligación por parte del obligado-distribuidor, que renuncia el derecho de comprar a otros fabricantes, como de vender en una determinada zona. Como también, podemos observar el otro lado, que es la obligación de exclusiva del fabricante hacia al distribuidor, que renuncia el derecho de vender a otros distribuidores, sea a distribuidores de una zona determinada, sea a distribuidores de un país determinado o hasta incluso vender a otro distribuidor, ya que puede haber el caso en el que el distribuidor compra toda la producción del fabricante; CURTO POLO, MARÍA MERCEDES. «Pactos de exclusiva: Territorial o grupo de clientes. Excepciones a la exclusiva. Ventas directas del proveedor», en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, CARBAJO CASCÓN, FERNANDO (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 295 – 310;

de estos principios las partes tienen el soporte jurídico para configurar libremente sus contratos. De acuerdo con lo dicho, el pacto de exclusiva, en líneas generales se trata de un acuerdo de voluntades entre las partes que deciden a quien comprar, a quien vender y donde vender⁵³⁴.

Aunque se trata de una obligación ampliamente practicada en el comercio nacional e internacional, nos resulta como mínimo llamativo, por su transcendencia en el ámbito contractual, que a día de hoy no dispongamos de una definición legal sobre la naturaleza jurídica y el régimen de las cláusula de exclusiva, como tampoco sobre la definición propiamente dicha de los contratos de distribución. Lo más próximo que hemos llegado de una regulación legal fue en la Propuesta de Anteproyecto de ley de Contratos de Distribución de 29 de junio de 2011⁵³⁵. Además del Anteproyecto de 2011, también trataremos de la Propuesta de Código Mercantil de 2013⁵³⁶ y por último haremos referencia al Marco Común de Referencia en el ámbito del Derecho Contractual Europeo (Principal, Definitions and Model Rules os European Private Law. Draft Common Frame of Reference), también conocido por la sigla DCFR, de 20 de abril de 2007, constituido con el objetivo de armonización de la doctrina y jurisprudencia⁵³⁷.

⁵³⁴ DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONIO. «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», Revista de Derecho Mercantil, N.º 177, Madrid, 198, pp. 419 a 485. La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, efectuada por la Comisión General de Codificación (Boletín, núm. 2006, Ministerio de Justicia), en su artículo 1 da el concepto legal del contrato de distribución y la obligación de exclusiva no parece como un elemento constitutivo del mismo, lo que podemos entender que fue en virtud del carácter polifacético de la cláusula de exclusiva, así se dejó para que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, adecuara la cláusula de exclusiva de acuerdo a sus necesidades.

⁵³⁵ Vid. VIERA GONZÁLEZ, JORGE ARISTIDES; JOSEBA AITOR ACHEBARRÍA SÁENZ Y JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013; KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN (DIRECTOR) ; PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA Y MÉNDEZ SERRANO, MARÍA DEL MAR (COORDINADORES), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España : incluye la propuesta de anteproyecto de ley de modernización de derecho de obligaciones y contratos*, Atelier Civil, Barcelona, 2011.

⁵³⁶ Propuesta de Código elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, Madrid, 2013, pp. 478 y ss. Artículo 543-3, (a) de la propuesta del ante proyecto de ley del Código Mercantil define la compra en exclusiva como «por el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes solamente al proveedor o a otras personas a quien éste designe».

⁵³⁷ VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), *Derecho Europeo de Contratos : Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, p. 1601.

Respecto a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011⁵³⁸, efectuada por la Comisión General de Codificación (Boletín, núm. 2006, Ministerio de Justicia) no acogió un tratamiento sistemático de la cláusula de exclusiva, aunque se observa a lo largo del texto referencias sobre el tema. El artículo 1⁵³⁹ del Proyecto de Ley hace referencia a la definición del contrato de distribución, y en ello se identifica la ausencia de la referencia del pacto de exclusiva como elemento caracterizador del concepto del contrato de distribución. En otras palabras, el Proyecto de Ley de contratos de distribución no acogió el pacto de exclusiva como elemento constitutivo del contrato de distribución. Se observa su ausencia en el concepto general, como igualmente no existe una definición general de la obligación de exclusiva.

El artículo 2 del Proyecto de Ley de contratos de distribución de 2011, se alude a los pactos de exclusiva como una obligación de no hacer y dependiente de un contrato principal de distribución⁵⁴⁰. Observamos, ambos aspectos, en la Propuesta

⁵³⁸ CRUZ RIVERO, DIEGO, «La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código de Comercio». En: *Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1262-1288.

⁵³⁹ Propuesta de Anteproyecto de ley de Contratos de Distribución, de 2011. Artículo 1: Concepto y ámbito de aplicación:

aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos u operaciones de comercio consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones.

⁵⁴⁰ Propuesta de Anteproyecto de ley de Contratos de Distribución, de 2011. Artículo 2: *Principales modalidades de contratos de distribución: a) El contrato de compra en exclusiva, por el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe.*

b) El contrato de venta en exclusiva, por el cual el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona.

c) El contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada.

d) El contrato de distribución selectiva, por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revender esos bienes o a prestar esos servicios a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores.

de Código Mercantil de 2013, al analizar el artículo 543-1, que es el artículo responsable de definir a los contratos de distribución⁵⁴¹, no encontramos una definición expresa del pacto de exclusiva, y tampoco una mención a su carácter esencial dentro del contrato de distribución. Por otro lado, en el artículo 543-2 de la Propuesta de Código Mercantil de 2013, hace referencia a las principales modalidades de contrato de distribución, siendo una reproducción fiel del artículo 2 del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011.

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014, en adelante ALCM, pese a que no existe un capítulo sobre contratos de distribución, en libro IV – De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general – Título IV, artículo 440-1 y 440-2, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de establecer las cláusulas de exclusiva. Además, reconoce también, la validez de las cláusulas de exclusiva y determina su contenido y sus límites, sin perjuicio de la aplicación de las normas de Derecho de la competencia (artículo 440-2)⁵⁴².

e) El contrato de concesión mercantil, por el cual el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.

⁵⁴¹ Propuesta de Código Mercantil de 2013, artículo 543-1. *Por los contratos de distribución, cualquiera que sea su denominación, una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable.*

⁵⁴² Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Publicado en el BOE del 29 de enero de 2015. Artículo 440-2. Cláusula de exclusiva.

Sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho de la competencia, se podrá pactar la exclusividad respecto de grupos de personas, zonas geográficas o económicas, derechos, mercancías, bienes o servicios.

2. Una obligación derivada de un pacto de exclusiva podrá consistir en hacer o no hacer alguna cosa. Entre otras, podrá consistir, aislada o combinadamente, en alguna de las siguientes obligaciones:

a) Un compromiso de aprovisionamiento.

b) Un compromiso de venta.

c) Un compromiso de actuación o de inacción respecto de una zona geográfica determinada o en relación con una serie de derechos de la propiedad intelectual o industrial o categoría o grupo de personas, mercancías, bienes o servicios.

3. El pacto de exclusividad deberá delimitar con la suficiente precisión su objeto. Las excepciones a la exclusiva deberán igualmente ser objeto de especificación clara y detallada, interpretándose de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados.

4. El incumplimiento del pacto de exclusiva se regirá por las normas relativas al incumplimiento contractual, y en particular por las relativas a la indemnización de daños y perjuicios.

5. Las ganancias obtenidas por el infractor como consecuencia de la vulneración del pacto de exclusiva quedarán en poder de la otra parte.

Ya el Real Decreto, 26 de febrero de 2010⁵⁴³, Capítulo II – Condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias, artículo 2.3, también hace referencia al pacto de exclusiva. Establece que no tendrá necesariamente la consideración de franquicia, el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, por el cual un empresario se compromete a adquirir en determinadas condiciones, productos normalmente de marca, a otro que le otorga una cierta exclusividad en una zona, y a revenderlos también bajo ciertas condiciones, así como a prestar a los compradores de estos productos asistencia una vez realizada la venta.

En el artículo 3, letra “g”, también se hace referencia a los pactos de exclusiva en el sentido, con una antelación mínima de veinte días hábiles a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa: y unas de las inoformaciones a ser prestada es sobre el pacto de exclusiva.

Y para finalizar el análisis, el Marco Común de Referencia sobre Derecho Europeo de contratos⁵⁴⁴, en el libro IV, parte E, capítulo 5 trata de las relaciones jurídicas del contrato de distribución, y más precisamente, en el artículo IV.E.-5:101(1), Definición:

«1. La compraventa es el contrato en virtud del cual una parte, llamada vendedora, se obliga a transmitir la propiedad de una cosa determinada o la titularidad de un derecho a la otra parte, denominada compradora, quien, a su vez, se obliga a pagar por ello un precio determinado o determinable en dinero o signo que lo represente.

2. La inclusión de algún servicio complementario a cargo del vendedor no hace perder al contrato su condición de compraventa».

⁵⁴³ Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

⁵⁴⁴ Sigla en inglés Draft Common Frame of Reference.

Este artículo ofrece la definición de tres modalidades de contrato de distribución, en las que, tampoco se hace referencia a los pactos de exclusiva. Se limitó a una regulación de determinados aspectos comunes a los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución, con independencia de que haya o no cláusulas de exclusiva⁵⁴⁵.

Al final de este pequeño análisis de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011, de la Propuesta de Código Mercantil de 2013 y del Marco Común de Referencia sobre Derecho Europeo de contratos podemos llegar a la conclusión que en ninguna de las tres referencias, la obligación de exclusiva fue contemplada como un elemento esencial del concepto de contrato de distribución, si bien se la menciona de forma expresa en algunas modalidades, pero nunca como elemento característico, ni tampoco como base constituyente del contrato de distribución.

Por otro lado, ya en el campo de la doctrina se observa que referente a la cláusula de exclusiva no hay un entendimiento pacífico en cuanto a su naturaleza jurídica⁵⁴⁶. En este sentido, encontramos dos corrientes, una que defiende que la cláusula de exclusiva es una cláusula accesorio⁵⁴⁷, por lo tanto siempre estará relacionado a un contrato. Y la otra corriente doctrinaria, defiende que el pacto de exclusiva puede aparecer como pacto independiente de un contrato principal⁵⁴⁸. Sin

⁵⁴⁵ VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores). *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, p. 1602.

⁵⁴⁶ PEÑA ROMERO, KAREN. *El pacto de exclusiva*. Navarra: Aranzadi, 2012, pp. 37 y 38. De un lado, se afirma que la exclusiva sólo puede existir cuando aparece integrada en un determinado negocio jurídico como cláusula accesorio. De otro lado, se afirma que puede tener vitalidad como un pacto autónomo e independiente de las futuras relaciones entre las partes.

⁵⁴⁷ MENDIETA GRANDE, JAVIER Y IGLESIAS CASAIS, JOSÉ MANUEL, Director de la obra YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo IV, Thomson Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 716 y ss.

⁵⁴⁸ PUENTE MUÑOZ, TERESA. *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 108 y ss; GARRIGUES, JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1964, Tomo III, Vol. I, p. 428; Díez Picazo, Estudios sobre la jurisprudencia civil, Tecnos, Vol. I, Madrid, p. 313.

embargo, la doctrina mayoritaria entiende que el pacto de exclusiva será siempre agregado a un contrato principal, de cuya naturaleza participa, pero no modifica⁵⁴⁹.

Ya el ALCM en el artículo 416-1, párrafo 2⁵⁵⁰, determina las cláusulas que subsisten tras la terminación del contrato y aunque no se haga referencia expresa al pacto de exclusiva se interpreta que la cláusula de exclusiva entre dentro del rol *cualquier otra cláusula que tras la extinción haya de resultar operativa*. Se inspira así en artículo 81 de la CISG.

A grandes rasgos, la cláusula de exclusiva se presenta en los contratos como una obligación en función de la cual una o ambas partes del negocio en el que se inserta, se comprometen a contratar exclusivamente con la otra en relación con el contenido de las prestaciones a las que aquella cláusula se vincula, y a hacerlo dentro de los límites pactados⁵⁵¹. En este sentido, la obligación se traduce en la prohibición del contratante de comprometerse a hacer alguna prestación similar con un tercero al que ya tiene contratada anteriormente, como por ejemplo la prohibición del fabricante de vender a otro distribuidor que está en la misma zona, caso que esté obligado por una cláusula de exclusiva.

El deudor de la obligación de exclusiva, por libre voluntad, decide renunciar su propia libertad, es decir, renuncia al derecho de contratar con otros fabricantes o/y de vender en una determinada zona, constituyendo una consecuencia de la limitación de su propia libertad, que se traduce en la prohibición de un acto que antes era un acto totalmente lícito. Sin embargo, se tornó en un acto ilícito por voluntad de las

⁵⁴⁹ PEÑA ROMERO, KAREN. *El pacto de exclusiva*. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 38. «Así, se afirma que está sujeto a toda las alternativas que experimente a la que se integre, de suerte que, extinguida ésta, no pondría pretenderse su vigencia por no poder subsistir sin ella».

⁵⁵⁰ Artículo 416-1, párrafo 2 del Anteproyecto de Ley Mercantil de 2014: *La extinción no afectará a las disposiciones del contrato relativas a la resolución de disputas, normas de derecho aplicable, confidencialidad, no competencia, o a cualquier otra cláusula que tras la extinción haya de resultar operativa. Tampoco afectará a los derechos y obligaciones de los que cualquiera de las partes sea titular con anterioridad a la extinción*.

⁵⁵¹ GARCÍA HERRERA, ALICE, *La duración del contrato de distribución*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, p. 166; SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO, «Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, Monografía N.º 2, Las Rozas, 2010, p. 464.

partes, y por supuestos susceptible de consecuencias jurídica en caso de incumplimiento⁵⁵².

En este sentido, la conducta del deudor de la obligación de exclusiva constituye la labor de no hacer, que puede presentarse en dos formas, por la abstención de actos materiales o bien una abstención de actos jurídicos. Y es, dentro de la espera de la abstención de los actos jurídicos, que justificamos la omisión del ejercicio de un derecho, que se traducen en los pactos de exclusiva en deber de abstención de no contratar con un tercero el mismo objeto que el deudor ya contrató⁵⁵³. Sin embargo, para delimitar la naturaleza jurídica se hace necesario determinar cuál es el marco jurídico – el contrato – en el que la restricción de la cláusula de exclusiva se vincula⁵⁵⁴.

La obligación nace en el momento que se pacta la cláusula de exclusiva, en este momento el deudor tiene prohibido formalizar un contrato con terceros, cuando ya exista un compromiso de la misma prestación. No obstante, el pacto de exclusiva no deja de ser una contraprestación, ya que se observa que el que debe «obediencia», por tener determinadas restricciones, normalmente, goza de algunos beneficios como una forma de compensar esa «obediencia» del fabricante hacia al distribuidor, o del distribuidor hacia al fabricante o viceversa⁵⁵⁵.

⁵⁵² En el Derecho Romano se reconoció la existencia de prestaciones de contenido (dar y hacer) y negativo (no hacer), pero en la enumeración de los tipos de obligación, por razones de su objeto, únicamente se distinguieron las de hacer y dar. El *non facere* como una modalidad de prestación expresamente formulada, se contempló por primera vez en el Código napoleónico en su artículo 1101, del que es reflejo el artículo 1088 CC español. PEÑA ROMERO, KAREN, El pacto de exclusiva, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 29.

⁵⁵³ PEÑA ROMERO, KAREN, *El pacto de exclusiva*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 36.

⁵⁵⁴ SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO, «Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución», Revista de Derecho de la Competencia y la distribución, La ley, Monografía N.º 3, Las Rozas, 2010, p. 482.

⁵⁵⁵ ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL, «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado - Tribunal de Justicia: Espacio de libertad, seguridad y justicia - Competencia judicial internacional - Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-9/12, *Corman Collins c. La Maison du Whisky*», Revista española de derecho internacional, Vol. 66, N.º 2, 2014, pp. 239-243. Sobre la contraprestación la sentencia indica: «Gracias a la garantía de abastecimiento de la que dispone en virtud del contrato de concesión, y en su caso a la participación en la estrategia comercial del fabricante, en especial en las operaciones de promoción, aspectos que incumbe comprobar al Tribunal remitente, el concesionario está en condiciones de ofrecer a los clientes servicios

Por la obligación de exclusividad, se garantiza el cumplimiento de la función económica del contrato, reforzar los vínculos de colaboración, además de reducir y controlar la competencia⁵⁵⁶, y en la actualidad constituye un excelente método de colaboración entre empresarios⁵⁵⁷, ya que por parte del fabricante se trata de una buena forma de planificar la producción, y para el distribuidor de garantizar el abastecimiento de mercaderías⁵⁵⁸.

Sin embargo, pese a su importancia, el pacto de exclusiva no es un contrato autónomo-dependiente, tal obligación siempre vendrá integrado al contenido de un contrato, es decir, la obligación de exclusiva estará vinculada legalmente a la prestación principal, que en el caso presente la prestación principal es el contrato de compraventa, y será a través de ello que se garantizará el cumplimiento de la función económica del contrato⁵⁵⁹. En este sentido, no se contempla la existencia de un contrato de exclusiva sin el contrato principal, ya que no se trata de un contrato independiente, ni tampoco se trata de una modalidad de un contrato de distribución, ni tan siquiera tiene naturaleza de prestación principal que pudiera justificar su causa, puesto que un contrato de exclusiva sin mercaderías o servicio es un contrato

y ventajas que no puede ofrecer un simple revendedor, y de obtener así una mayor cuota del mercado local, en beneficio de los productos del fabricante».

⁵⁵⁶ Los acuerdos de exclusiva y la libre competencia son temas contiguos, de tal suerte que la Ley 3/1991, de enero de Competencia desleal, reformada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal. Vid. SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO, «Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución», Revista de Derecho de la Competencia y la distribución, La ley, Monografía N.º 3, Las Rozas, 2010, p. 462.

⁵⁵⁷ PUENTE MUÑOZ, TERESA, «La base para el análisis de la integración vertical en la distribución comercial», Derecho Privado y Constitucional, 1995, pp. 185-196. Los contratantes colaboran para la concreción de un objetivo económico común, que es aumentar las ventas. De ese modo, se establece la integración ascendente entre los empresarios que indica la colaboración entre fabricantes y distribuidores, por la cual el fabricante se obliga a vender los productos y proporcionar los medios necesarios para la reventa o para la prestación de sus servicios y a su vez el distribuidor se obliga a realizar la reventa de las mercaderías. Por otro lado, la integración vertical ascendente, consiste en la colaboración entre empresas posicionadas en diferentes niveles de la cadena de distribución.

⁵⁵⁸ ALONSO SOTO, RICARDO, «Tipología de los contratos de distribución comercial» en ALBERTO ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Revista de Derecho de la Competencia y la distribución, La ley, pp. 59 y ss.

⁵⁵⁹ PUENTE MUÑOZ, TERESA, «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro», RDM, XLIII, n. 103, 1967, p. 89 y ss.

vacío⁵⁶⁰. Además tal afirmación está respaldada, como ya hemos visto anteriormente, por la ausencia como elemento esencial de los contratos de distribución en los artículos responsables de definir el contrato de distribución en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 29 de junio de 2011, en la Propuesta de Código Mercantil de 2013, y en el Marco Común de Referencia en el ámbito del Derecho Contractual Europeo. Constatándose que se trata de una obligación a más que hace parte del contrato, que como tal debe ser respetada.

Ante la situación planteada, utilizando la afirmación de la doctrina mayoritaria⁵⁶¹, que defienden los pactos de exclusiva como integrantes de un contrato, con naturaleza de cláusula accesorio, y como no son contratos autónomos, ya que no tienen elementos mínimos exigibles para ser presentados como un negocio jurídico porque carecen de objeto y causa que puedan dar sentido a la obligación de no hacer⁵⁶². Como expresó el profesor JOAQUÍN GARRIGUES la cláusula de exclusiva prescinde de la limitación en cuanto al objeto de la exclusiva, ya que sería inconcebible una cláusula de esta naturaleza que no se refiriese a un objeto o mercancía determinados o a un género también determinado⁵⁶³.

Entonces, partiendo de esta base, entendemos que no ha lugar un pacto de exclusiva como obligación autónoma, puesto que siempre depende de otra obligación⁵⁶⁴. Sin embargo, aunque la cláusula de exclusiva es una obligación

⁵⁶⁰ GARRIGUES, JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. 1.º, 1963, pp. 428-436; SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO, «Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, Monografía N.º 2, Las Rozas, 2010, pp. 464 y ss.

⁵⁶¹ PEÑA ROMERO, KAREN, *El pacto de exclusiva*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 38. Además, entiende que el pacto de exclusiva no puede operar en el vacío, debiendo siempre estar acompañado de una obligación principal; SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO, «Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, Monografía N.º 3, Las Rozas, 2019, p. 482. Sin embargo, Teresa Puente Muñoz entiende que el pacto de exclusiva es un elemento esencial del contrato de distribución, y además puede aparecer en un contrato autónomo. PUENTE MUÑOZ, TERESA, *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 112.

⁵⁶² PAZ-ARES, CÁNDIDO, «La terminación de los contratos de distribución», *RDM*, N.º 226, octubre-diciembre, Madrid, 1997, pp. 19-25.

⁵⁶³ GARRIGUES, JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. 1.º, 1963, p. 430.

⁵⁶⁴ Otro ejemplo, son los casos que exista en los contratos de distribución la obligación relativa a la propiedad industrial, tal obligación, no podrá llegar a ser fundada como obligación principal del contrato, siendo pues considerada como una obligación a más que hace parte del contrato y que debe ser respetada

dependiente de otra obligación principal, ésta no siempre estará dentro del contrato, es decir, las cláusulas de exclusiva pueden estar fuera del contrato, que es exactamente lo que pasa en el contrato marco de distribución que contiene exclusiva de compra o venta, y luego los posteriores contratos no lo acogen. En este caso la exclusiva es de obligado cumplimiento.

Un pacto de exclusiva aislado y sin objeto se trataría de un pacto inoperante, una vez que le faltaría la obligación principal que le da razón de existir a las cláusulas de exclusiva, puesto que ésta es accesoria de una principal⁵⁶⁵. La doctrina mayoritaria entiende que cuando el pacto de exclusiva se incorpora a un contrato, éste tiene como objetivo cumplir una función jurídica económica complementaria a la relación fundamental de cuya naturaleza participa, pero no modifica⁵⁶⁶.

No obstante, pese las diferentes formas de presentación de los pactos de exclusiva, sea a favor únicamente de una de las partes contractuales, sea a favor de ambas, podemos encontrar los pactos de exclusiva con un grado mayor o menor de importancia dentro del contrato marco de distribución, pero muy difícilmente perderá su naturaleza jurídica de obligación accesoria. Lo cierto es que, entendemos que no se puede hablar del pacto de distribución como un contrato autónomo porque le faltaría la esencia del contrato que es el objeto y su causa de existir⁵⁶⁷.

Asimismo y pese su naturaleza jurídica de obligación accesoria, en caso de incumplimiento puede perfectamente ser considerado un incumplimiento esencial según los parámetros de la CISG. Más adelante trataremos del tema pero adelantamos que: El incumplimiento de la obligación de exclusiva puede llegar a caracterizarse como un incumplimiento esencial según los parámetros de la CISG -

como todas. Con lo cual, la simple presencia de determinadas obligaciones, que son más comunes en los contratos de distribución que en los contratos de compraventa, no deben ser obstáculo para la aplicación de la CISG a los contratos de distribución.

⁵⁶⁵ Ibíden, GARRIGUES, JOAQUIN, entiende que sería inconcebible una cláusula de exclusiva que no refriese a un objeto o mercancía determinados o a un género también determinado.

⁵⁶⁶ PEÑA ROMERO, KAREN. *El pacto de exclusiva*. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 38. Además, entiende que el pacto de exclusiva no puede operar en el vacío, debiendo siempre estar acompañado de una obligación principal.

⁵⁶⁷ PEÑA ROMERO, KAREN. *El pacto de exclusiva*. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 208.

Con base a los artículo 49 (1) (a), 51 (2), 64 (1) (a), 72 (1) o 73 (1), (2) de la CISG⁵⁶⁸.

2. LAS FORMAS DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVA

Por ser la distribución comercial una materia en continua evolución, la obligación de exclusiva puede presentarse de diversas formas⁵⁶⁹ y en diferentes tipos contractuales de distribución⁵⁷⁰, pero siempre con el fin de adaptarse a las necesidades y circunstancias específicas de cada caso. Dependiendo de cada tipo contractual, de las necesidades e intereses, y por supuesto de la voluntad de las partes, la obligación tendrá más o menos protagonismo dentro del contrato⁵⁷¹. En este marco, la doctrina intenta distinguir las cláusulas de exclusiva en los contratos de compraventa y las cláusulas de exclusiva en los contratos de distribución. Aunque la diferencia es de difícil percepción, el objeto en ambos contratos es la compraventa y la finalidad es la misma en ambos casos, que básicamente es la de asegurar futuras compras y controlar la competencia eliminando competidores.

Ya en el ámbito legal, por falta de una regulación específica⁵⁷², tomaremos como referencia el apartado de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de

⁵⁶⁸ Pág. 24 de este trabajo: *El incumplimiento de la obligación de exclusiva se caracteriza como un incumplimiento esencial según los parámetros de la CISG*.

⁵⁶⁹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil, Derecho de las obligaciones*, Barcelona, 1985, p. 77. La cláusula de exclusiva, objetivamente, se traduce como una obligación contractual negativa. Manuel A. Domínguez García, habla además de la obligación negativa y defiende que en el contexto del pacto de exclusiva hay una obligación positiva, que es la obligación de adquirir los productos contractuales sólo y únicamente del proveedor o de terceros a su indicación. DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONÍO, «*compra y venta exclusiva (especialidades)*», en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, CARBAJO CASCÓN, FERNANDO (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 95.

⁵⁷⁰ Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, efectuada por la Comisión General de Codificación (Boletín, núm. 2006, Ministerio de Justicia), en su artículo 2.

⁵⁷¹ La Propuesta del Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución vino esclarecer que los contratos de distribución podrían adoptar algunos tipos de modalidades. La Propuesta hizo referencia a la modalidad de contrato de compra en exclusiva, contrato de venta en exclusiva, el contrato de distribución autorizada, el contrato de distribución selectiva, el contrato de concesión mercantil y la actividad comercial de régimen de franquicia. La Propuesta del Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, artículo 2.

Distribución de 2011⁵⁷³. No trataremos de la Propuesta de Código Mercantil de 2013 ya que en este aspecto se trata de una reproducción del Anteproyecto de Ley de contratos de Distribución.

En este sentido, el artículo 2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011, hace referencia al pacto de exclusiva en las principales modalidades del contratos de distribución, como por ejemplo son los contratos de *venta* en exclusiva, de *compra* en exclusiva, *distribución selectiva* y en el contrato de *concesión mercantil* (art. 2.a, 2.b, 2.d y 2.e)⁵⁷⁴. Aunque se verifica que en las diferentes modalidades de contrato de distribución, no existe un sentido uniforme del significado del pacto de exclusiva, como por ejemplo, en el artículo 2.d, que trata del contrato de distribución selectiva, pero se excluye expresamente el pacto de exclusiva del contrato de distribución selectiva, y en los contratos de franquicia y distribución autorizada nada se dice al respecto (Artículos 2.c y 2.f)⁵⁷⁵.

⁵⁷² La única ley que regula en el ámbito Europeo el contrato de concesión es la belga de 27 de julio de 1961, cuyo artículo dice: «el concesionario de venta exclusiva es el comerciante que ostenta el derecho a revender a título exclusivo los artículos o productos de un fabricante concedente, en su propio nombre y por su propia cuenta»

⁵⁷³ En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, de 29 de junio de 2011, referente a clasificación de tipos de contratos de distribución, es semejante a la clasificación del Draft Common Frame of Reference IV. E-2:101.

⁵⁷⁴ Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011: Artículo 2. Principales modalidades de contratos de distribución. Por regla general los contratos de distribución podrán adoptar, entre otras, alguna de las siguientes modalidades:

a) El contrato de compra en exclusiva, por el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe.

b) El contrato de venta en exclusiva, por el cual el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona.

d) El contrato de distribución selectiva, por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revender esos bienes o a prestar esos servicios a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores.

e) El contrato de concesión mercantil, por el cual el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.

⁵⁷⁵ c) El contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada. f) La actividad comercial en régimen de franquicia, que es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

Por otro lado, el Proyecto de Ley en el artículo 2.a emplea la modalidad de la cláusula de exclusiva en los contratos de *compra* en exclusiva, cuando el distribuidor se obliga a comprar las mercaderías exclusivamente de un fabricante o proveedor, o de aquello a quien éste indique. Como también el artículo 2.b hace referencia a las cláusulas de exclusiva en los contratos de *venta*, mencionando que existe un pacto de exclusiva cuando al fabricante o proveedor se obliga a vender sólo a un determinado distribuidor en una zona geográfica determinada⁵⁷⁶.

En este mismo sentido, siguiendo con la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011, en los artículos 2.c y 2.d, tratan de la distribución autorizada y la distribución selectiva. En los contratos de distribución autorizada a los proveedores se les obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada. Ya en los contratos de distribución selectiva, al proveedor se le obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revender esos bienes o a prestar esos servicios a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores⁵⁷⁷.

Sobre la base de las observaciones anteriores, queremos demostrar que el pacto de exclusiva, aunque en la definición del contrato de distribución no aparece como un elemento esencial, observamos que en determinados contratos, como por ejemplo la compra en exclusiva, la venta en exclusiva y la concesión mercantil, el pacto de exclusiva tiene un carácter importante dentro del contrato. Sin embargo,

⁵⁷⁶ SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO, «Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución», Revista de Derecho de la Competencia y la distribución, La ley, Monografía N.º 3, Las Rozas, 2010, p. 482.

⁵⁷⁷ SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO, «Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución», Revista de Derecho de la Competencia y la distribución, La ley, Monografía N.º 2, Las Rozas, 2010, p. 480. La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011 no establece una lista cerrada de tipos de contratos de distribución, lo que nos hace pensar que el principio de la autonomía de la voluntad sigue jugando un papel fundamental a la hora de marcas directrices sobre el pacto de exclusiva en los contratos de distribución. GARRIGUES, JOAQUIN, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. 1.º, Madrid, 1963, p. 428.

pesa su importancia en diferentes niveles en los contratos de distribución, sigue siendo una obligación que hace parte del contrato, que igualmente debe ser respetada. No se trata pues, de un elemento que *per se* hace que el contrato de distribución se distancie o se diferencie de los contratos de compraventa, y como base a este argumento y con el tratamiento dado por la escasa «legislación» que existe, afirmamos que se trata de una obligación contractual accesorio, como otra del contrato.

Siendo así, resulta que en relación a los contratos de compraventa internacional de mercaderías podrían pactarse pactos de exclusiva sin que se desnaturalice el contrato en cuanto a su sometimiento a la Convención se refiere. Una compra en exclusiva o una venta en exclusiva sigue siendo un contrato materialmente regulado por la CISG, y por ello en los casos de incumplimiento del pacto de exclusiva, la CISG puede ser aplicada. Así las cosas, no existe ninguna diferencia jurídica importante entre los pactos de exclusiva del contrato de compraventa y los pactos de exclusiva de un contrato de distribución, una vez que se observa la semejanza del contenido jurídica y económica en ambos contratos⁵⁷⁸.

Entendemos que no se debería excluir la aplicación de la CISG sólo y únicamente por el título del contrato o porque el contrato contiene obligaciones que no son muy habituales en los contratos de compraventa. Los contratos deben ser analizados uno por uno para averiguar la voluntad de las partes y así poder determinar la naturaleza jurídica del mismo. Y conjuntamente, se debe valorar las ventajas y perjuicios que implicaría a las partes aplicando al contrato de distribución la CISG o la ley nacional.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección N.º 1, sentencia del 27 de febrero de 2014, N.º del recurso 62/2014, sentenció un caso que trataba de un contrato de distribución en exclusiva para la zona de Pontevedra y alrededores. El fabricante niega que haya existido un pacto de exclusiva y el debate del recurso se centra en dilucidar si el contrato de distribución existente entre las

⁵⁷⁸ El contenido jurídica se concreta en la obligación negativa a cargo del fabricante de la exclusiva. Y el contenido económico se revela por el incremento del patrimonio del beneficiario al adquirir éste una posición de monopolio, en el sentido de que sólo el tiene derecho a obtener contratos y prestaciones que de no mediar la exclusiva también otros podrían tener.

partes incluía o no un pacto de exclusiva y consecuentemente si existió o no el incumplimiento del pacto de exclusiva.

La audiencia Provincial entendió que el pacto de exclusiva no es esencial al contrato de concesión o distribución comercial, pudiendo existir o no. En consecuencia, quien afirme que el contrato incluía un pacto de distribución en exclusiva deberá probarlo, y en este caso fue acreditado que el pacto de exclusiva existía. Como se caracterizó el incumplimiento del pacto de exclusiva, se aplicó al caso el artículo 25 de la CISG cuyo dispone que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación»⁵⁷⁹.

En este sentido, entendemos que los contratos de distribución internacional existen esencialmente para establecer un contrato de compraventa duradero y establece entre las partes porque por motivos económicos les interesa más establecer un contrato de distribución que un contrato aislado de compraventa. Y la consecuencia jurídica de esta relación comercial es la existencia de más obligaciones accesorias como por ejemplo el desarrollo de la publicidad, el pacto de exclusiva⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ La sentencia hace referencia a otra sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo, 532/2012, de 30 de julio de 2012, que se pronuncia, en sentido parecido sobre el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte».

⁵⁸⁰ La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección N.º 1, sentencia del 27 de febrero de 2014, N.º del recurso 62/2014. La Audiencia Provincial de Pontevedra entiende que: «el pacto de exclusiva no es consustancial al contrato de concesión o distribución comercial. Puede existir o no. En consecuencia, quien afirme que el contrato incluía un pacto de distribución en exclusiva deberá probarlo, sin perjuicio de que esta prueba pueda hacerse a través de cualesquiera de los medios previstos en derecho, ya que, a falta de una regulación legal o reglamentaria que establezca una forma determinada, el principio de libertad de forma que rige en materia contractual conduce a admitir la posibilidad del contrato verbal, consagrada por otro lado en la práctica mercantil».

3. LA FALTA DE REGULACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXCLUSIVA

Hemos visto que en las cláusulas de exclusiva se trata de obligaciones contractuales accesorias, que dependen de una obligación principal objeto del contrato, que en nuestro caso, centraremos en los contrato de distribución⁵⁸¹. El objetivo de la obligación de exclusiva es cumplir con la función económica y social del contrato, garantizando que uno o ambos contratantes no establezcan prestaciones similares con terceros a las que ya están vinculadas con la otra parte. Por otro lado, aseguran un grado superior de integración más estrecho entre fabricantes y distribuidores que los contratos sin la presencia de esta obligación, ya que junto con la obligación de exclusiva, muchas veces, se asegura también la puesta en práctica de las políticas comerciales del fabricante. Todo ello porque cuando se observa la presencia del pacto de exclusiva, en general, estamos delante de contratos duraderos y estables⁵⁸², y de la consecuencia que traen los contratos de larga duración, nacen una serie de obligaciones entre las partes que tienen como objetivo, además de afianzar la relación comercial, que este contrato salga rentable con el tiempo⁵⁸³.

Ante la falta de elección de la ley aplicable al contrato y la carencia de imperatividad de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional, el árbitro y el juez puede depararse con varias opciones, entre ellas: La primera es la aplicación del *derecho nacional*. La segunda es seguir la *recomendación actual de la Cámara de Comercio Internacional* y aplicar junto a las condiciones general del propio contrato, hacer uso de los principios legales generalmente conocidos en el comercio internacional. (La CCI también recomienda

⁵⁸¹ AURELIO MENÉNDEZ, ÁNGEL ROJO, directores; RODRIGO URÍA; coordinación APARICIO, MARÍA LUISA, Lecciones de Derecho Mercantil, Vol. II, 10ª ed., Civital Thomson Reuters, Navarra, pp. 100 y ss.; GARCÍA ALICIA, HERRERA, *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 166-167.

⁵⁸² Aunque el pacto de exclusiva se observa más frecuentemente en los contratos con ejecución a largo plazo, no quiere decir que no puedan ser aplicados a contratos de ejecución instantánea. Es perfectamente posible incluir el pacto de exclusiva en el contrato de la venta de una casa a un determinado agente, con la obligación del propietario de no encomendar la venta a ningún otro agente. En este sentido, GARRIGUES, JOAQUIN, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. 1.º, Madrid, 1963, p. 428.

⁵⁸³ Número del caso 363, número de la CLOUT 33, Tribunal Landgericht Bielefeld, Alemania, 24 de noviembre de 1999.

la no aplicación del derecho interno nacional, la CCI busca con esta recomendación es asegurar que las normas del modelo de contrato sean aplicadas de forma uniforme)⁵⁸⁴. Y la tercera y última, es la aplicación de una ley uniforme, que es la CISG a la no observancia de las obligaciones del contrato, en especial la obligación de exclusiva⁵⁸⁵.

a) APLICACIÓN DEL DERECHO NACIONAL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXCLUSIVA.

Lo ideal y merecido era que existiera una norma uniforme que regulara el contrato de distribución internacional, sus conceptos y características, tal y como existe la CISG para los contratos de compraventa internacional, pero por no ser así y por la falta de previsión de que eso pueda ocurrir, lo que tenemos hoy es la falta de regulación, que atrae problemas jurídicos para los contratos de distribución internacional sobre la determinación de la ley aplicable.

Actualmente, para negocios realizados sin contrato, dentro del espacio Europeo, se utiliza el Reglamento de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (Reglamento 593/2008) para encontrar la ley aplicable en caso de controversia. Entonces, ante la falta de elección por las partes de ley aplicable al

⁵⁸⁴ Publicación N.º 496 de la CCI.

⁵⁸⁵ La Sentencia Audiencia Provincial número 410/2001 Baleares (Sección 5ª), de 15 junio, Recurso de Apelación núm. 4/2001. La parte apelante dice que hay un contrato de distribución en exclusiva mercantil entre ambas entidades, cuya pretensión es impugnada reiteradamente por la parte demandada sobre el art. 3 del mismo Convenio, y niega pacto alguno expreso de exclusiva. El Tribunal entiende que se trata de un precontrato de distribución. En la Apelación se trata de un Incidente de Cuestión de Competencia por Declinatoria de Jurisdicción. El juez *a quo* declaró que no era competente para conocer de la cuestión. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Baleares, estimó el recurso de apelación, declarando: «*declaramos que el Juzgado de Primera Instancia referido es competente para conocer y resolver de la demanda de Juicio de Menor Cuantía en relación de daños y perjuicios*». Por otro lado, el Tribunal menciona, por el Convenio de Roma de 19 junio 1980 conforme al domicilio del deudor, a falta de sumisión expresa, lo que es reconocido por la apelada al alegar que entre ambas ha habido una compraventa de embarcaciones «y que el Convenio de Viena de 11 abril 1980 señala como competentes, en la compraventa internacional de mercaderías, el lugar de entrega de la mercancía y de los documentos (arts. 31 y 34) o el lugar del pago del precio (arts. 54 a 59)». Aunque las embarcaciones son mercadería excluidas de la aplicación de la CISG, conforme artículo 2.e, el Tribunal no hace referencia sobre este asunto ni tampoco detallada el tipo de embarcaciones objeto del contrato de compraventa.

contrato, se aplicará el artículo 4.1⁵⁸⁶ del Reglamento de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, más precisamente, para los casos de contrato de distribución se aplicará la letra *f*, establece que salvo que las partes hayan negociado otra solución, según el artículo 4.1. *f*, los contratos de distribución serán regidos por la ley del país del distribuidor. El Reglamento de Roma prevé soluciones universal para la gran mayoría de los contratos internacionales que están incluidos en su ámbito material⁵⁸⁷.

Y es en este momento que el Reglamento de Roma habilita al árbitro o al juez a aplicar la ley nacional en el caso de incumplimiento del contrato, que seguramente será un derecho extraño para una de las partes. La aplicación del régimen jurídico nacional, desconocido para una de las partes, ocasiona entre otros factores la inseguridad jurídica y el desequilibrio en las relaciones jurídicas. Y la puntualización del desequilibrio en las relaciones jurídicas no se observa apenas cuando el juez o el árbitro aplican la ley nacional en los casos de falta de elección, pero también cuando las partes «eligen» la ley nacional para ser aplicada al contrato. Se observa que el desequilibrio en la relación entre los contratantes empieza en la elección de la ley aplicable, porque la elección de la legislación puede constituir un indicio de quién ocupó en la negociación del contrato la posición más fuerte, en los casos de aplicación del derecho nacional⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Artículo 4.1.f del Reglamento de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales: «El contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual»; AGUILAR GRIEDER, HILDA, «*Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento de Roma I*», en Vol. 1, N.º 1, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 19-35. «El Reglamento de Roma I, que también es un instrumento internacional, incluye dentro de su ámbito de aplicación material a la generalidad de los contratos internacionales, se caracteriza, en lo que atañe a sus respuestas jurídicas, por su acusada especificidad, ya que el mismo dota de un régimen específico a un mayor número de contratos internacionales, permitiendo de este modo, tomar en consideración las particularidades que presentan determinados contratos internacionales muy extendidos en la práctica comercial internacional».

⁵⁸⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ, *Contrato de Distribución Internacional: Competencia judicial y ley aplicable*, en *Los Contratos de Distribución*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, Madrid, 2010, pp. 223-240; AGUILAR GRIEDER, HILDA, «*Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento de Roma I*», en Vol. 1, N.º 1, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2009, p. 25; Virgós Soriano, Miguel, «*La Ley Aplicable a los contratos internacionales: La regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la protección característica del contrato*», Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, coordinado por Juan Luis Prada, Editorial Civitas, S.A., volumen 4, 1996, pp. 5289- 5309.

⁵⁸⁸ SCHMIDT, KARSTEN, *Derecho Comercial*, Traducción de la 3ª edición alemana, supervisión académica, Rafael Mariano Monóvil, Editora Atrea, Buenos Aires, 1997, p. 873.

En los casos en los cuales haya contrato escrito, y el fabricante es más fuerte económicamente, el distribuidor no tendrá oportunidad de imponerse, siendo lo más habitual que se someta a las directrices dadas por el fabricante y no tenga así, la posibilidad de fijar la competencia mediante una cláusula de jurisdicción. Por ser pequeñas empresas, con poco capital, no dispondrán de una asesoría jurídica capaz de defenderlos ante una posible demanda judicial. Ocurre muchas veces que en caso de demanda, las pequeñas empresas llegan a tener que desistir de una disputa judicial o aceptar acuerdos desventajosos debido al alto coste de las transacciones procesales⁵⁸⁹.

Por lo tanto, el desconocimiento de la ley puede llegar a ser motivo que las empresas, principalmente los pequeños y medios fabricantes tengan miedo de participar del comercio internacional, porque además de la complejidad de participar en el comercio internacional, en caso de una batalla judicial la posibilidad de aplicación de un derecho desconocido, genera todo, menos el incentivo a hacer negocio internacional, y eso no deja de ser un obstáculo para la circulación de riquezas. Creemos que este tipo de obstáculos no deben existir cuando tenemos la CISG para aportar el equilibrio jurídico en la relación contractual, que muchas veces ya está descompensado en virtud del desequilibrio económico.

b) APLICACIÓN DE LA CISG EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXCLUSIVA.

La ausencia generalizada de normativas sobre los contratos de distribución internacional, tanto interna como comunitaria⁵⁹⁰, excepto el Derecho Europeo de

⁵⁸⁹ ALONSO SOTO, RICARDO, «*Tipología de los contratos de distribución comercial*» en ALBERTO ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Revista de Derecho de la Competencia y la distribución, La ley, p. 52.

⁵⁹⁰ Excepto en Bélgica, Francia y Argentina. En Bélgica posee una normativa específica para los contratos de distribución, la Ley de 27 de julio de 1961, que posteriormente fue modificada por la Ley de 13 de abril de 1971. También podemos mencionar que Francia trata de algunos aspectos del contrato de distribución en la Ley de 14 de octubre de 1943. Los demás países miembros de la Unión Europea aplica las reglas del Código Civil por analogía, como también hacen uso de la doctrina y jurisprudencia para elaborar conceptos y trazar las normas del contrato. En Argentina los contratos de distribución, concesión y agencia han recibido tratamiento legislativo el nuevo Código Civil y Comercio. Sin embargo, el contrato de distribución no tienen en el nuevo código un tratamiento específico, sino que por disposición

Contratos del Marco Común de referencia y la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución que nunca llegó a ser Derecho positivo, pero por lo menos es el inicio que un día pueda llegar a ser efectivo. Hasta que este día no llegue, nuestra intención es ofrecer la posibilidad de aplicar un reglamento uniforme a los contratos de distribución que sea efectivo y corresponda a las necesidades de las partes.

Como actualmente, no existe un camino directo para llegar la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, seguiremos utilizando como conexión de la CISG a los contratos de distribución la aplicación del Reglamento de Roma I de 19 de junio de 1980, a continuación el Reglamento de Roma I⁵⁹¹.

En los casos en los cuales se observen la falta de estipulación en el contrato de elección de la ley aplicable al contrato⁵⁹², según el artículo 4 del Reglamento de Roma I, se aplicará la ley nacional del domicilio del distribuidor, pues es donde se verifica la realización de las prestaciones características del contrato. Una vez verificado cuál es el país del domicilio del distribuidor y una previa disposición del operador jurídico hacía la aplicación de la CISG, se procede a verificar si el país es signatario de la CISG, o en caso que no lo sea, si el Código Civil se lo permite la aplicación de la CISG sin ser Estado contratante de la CISG.

Sobre este contexto, buscamos proporcionar soluciones a los empresarios que sean más eficientes y, sobre todo, más justas que a las existentes actualmente, pues lo único que hace es confundir, crear inseguridad jurídica a los contratantes y a los operadores del Derecho y desequilibrio en las relaciones jurídicas por tratarse, en

del artículo 1511 será regulado por las normas de la concesión “ ” Por otro lado, el nuevo código prevé que las disposiciones que trata del contrato de concesión también son aplicadas a los contratos de distribución, son ejemplo los artículos 1504, 1505 y 1511.

⁵⁹¹ CALVO CARAVACA, LUIS ALFONSO Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Curso de contratación internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 186 y ss; DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, «Cláusula de elección del Derecho aplicable», en S.A. Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 243 y ss; MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela. 2000, p. 61.

⁵⁹² CLEMENTE MEORO, MARIO ENRIQUE, *La facultad de resolver los contrato por incumplimiento*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, pp. 127-134, LARA GONZÁLEZ, RAFAEL, *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, 1998, p. 150.

muchos casos, de normas desconocidas para el fabricante, generando además gastos elevados con la contratación de abogados en otro país⁵⁹³.

Después de despojar la cláusula de exclusiva, en el sentido de quitar las fábulas, que lo único que le producía eran los falsos conceptos que le distanciaba de su sentido real- una obligación a más, dentro del contrato de distribución, y tal era su mitificación que la tornaba casi como se fuera un segundo objeto dentro del contrato; Ahora aclarado que los pactos de exclusiva, mismo cuando tengan un papel muy importante dentro del contrato, jamás pasará del status de *obligación contractual* que como tal debe ser atendida y respetada.

Y como obligación que es, se produce el acercamiento a las disposiciones de la CISG, por eso, la solución que ofrecemos para el problema de la ausencia de previsión legal en los casos de incumplimiento de las *cláusulas de exclusiva*⁵⁹⁴ en los contratos de distribución es la aplicación de la CISG⁵⁹⁵. Y es con base al principio de la autonomía de la voluntad, que la CISG permite la posibilidad de que las partes contratantes negocien e incluyan diversos tipos de obligaciones en sus contratos. Siendo posible que además de las obligaciones comunes y típicas a la compraventa,

⁵⁹³ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, ANTONIO, «Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica», en BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO Y NIETO CAROL, UBALDO, (Coord.), *Contratación Mercantil*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cuaderno de Derecho y Comercio, Monográfico, 1999, pp. 25 - 38; VICENTE CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2003, p. 780. Sobre la necesidad de una reforma general del Derecho de los contratos espa ol...habla de la CISG, PUENTE MUÑOZ, TERESA, «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro», *Revista de Derecho Mercantil*, 1967, pp. 75 y ss; GARRIGUES, JOAQUIN, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. 1.º, 1963, pp. 428-436, entiende que se trata de un contrato de compraventa con pacto de exclusiva, Ya BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 442, entiende que se trata de un contrato mixto, es decir un contrato de compraventa con suministro con exclusividad. En contra está VICENTE CHULIÁ, FRANCISCO, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, volumen II, 2.º, Barcelona, 1991, pp. 171 y ss.

⁵⁹⁴ Número del caso 126, número de la de la CLOUT 9, Fovárosi Biróság, Hungría, 19 de marzo de 1992, en este caso se trata del contrato de compraventa de instrumentos con cláusula de distribución exclusiva. El Tribunal entendió que la CISG no era aplicable a los acuerdos de distribución exclusiva; Número del caso 1020, número de la CLOUT 103, Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Serbia, Serbia, 28 de enero de 2009, en este caso las partes firmaron un acuerdo de ventas y distribución fijando su fecha de vencimiento el 31 de diciembre de 2007. No obstante, la relación comercial se acabó antes de la prescripción de dicho acuerdo. El Tribunal declaró que la CISG no regula los acuerdos de distribución en su conjunto, pero sí sería aplicado en las operaciones individuales en el marco de un acuerdo global. El Tribunal señaló también, que de hecho la reclamación del vendedor estaba basada en determinados puntos del contrato y no en el contrato por completo.

⁵⁹⁵ PUENTE MUÑOZ, TERESA, «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro», RDM, XLIII, n. 103, 1967, p. 89 y ss; PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de Derecho civil español*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1975, p. 60.

se incluyan otras que tanto pueden expandir como limitar los derechos y obligaciones de las partes, adecuándolas siempre a las necesidades de los contratantes, de esta forma, lograremos contratos más próximos a la realidad práctica.

Además la jurisprudencia, en su gran mayoría, sigue el mismo entendimiento, aplicando la CISG a los pacto de exclusiva en los contratos de distribución. Veamos algunos ejemplos:

En el caso de la CLOUT 26, número del caso 281, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993, las partes celebraron un contrato a largo plazo que otorgaba al comprador derechos de distribución exclusiva en Alemania de las impresoras de ordenadores y el programa informático de ésta. El vendedor presentó una demanda reclamando el pago de las facturas pendientes con base en la CISG. Pese a que en esta fecha Alemania todavía no hacía parte de la CISG, los jueces aplicaron el artículo 1.1.b, admitiendo la reclamación del vendedor con base en las materias de competencia de la CISG.

El caso de la CLOUT 1, número del caso 2, Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 17 de septiembre de 1991, en este caso, el Tribunal consideró que el incumplimiento por parte del fabricante de la obligación subsidiaria de respetar el pacto de exclusiva, constituya un incumplimiento esencial de acuerdo con el artículo 25 de la CISG. Argumentó que el incumplimiento ponía en peligro la finalidad del contrato, por eso sería considerado como incumplimiento esencial.

El caso de la CLOUT 26, número del caso 282, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997, trató de una venta condicionada a un pacto de exclusiva entre las partes, que el vendedor no cumplió. Sobre este punto, el Tribunal determinó que, de haber existido tal condición, cosa que el comprador no había demostrado, éste había perdido su derecho a declarar resuelto el contrato pues no lo había hecho dentro de un plazo razonable del artículo 49, del párrafo 2, apartado b) del de la CISG.

El caso de la CLOUT 18, número del caso 217, Handelsgericht des Kantons Aargau, 26 de septiembre de 1997, el comprador se negó a aceptar la entregar, ya que el contrato no había sido válidamente celebrado, y que, de cualquier modo, tenía

derecho a declarar resuelto el contrato, dada el incumplimiento del pacto de exclusiva otorgado por el vendedor. El Tribunal declaró que el contrato se perfeccionó válidamente, mismo faltando el elemento precio. Y sobre el pacto de exclusiva, pese que el Tribunal entendiera que el incumplimiento del derechos exclusivos pudiera constituir incumplimiento esencial del contrato, en el caso el comprador no presentó pruebas suficientes.

El caso de la CLOUT 1, número del caso 2, Tribunal de Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Alemania, 17 de septiembre de 1991. Sobre el incumplimiento del pacto de exclusiva el Tribunal consideró que el incumplimiento por el fabricante de la obligación accesoria de preservar la exclusividad constituía una violación fundamental del contrato en virtud del artículo 25 de la CISG, puesto que ponía en peligro el objeto del contrato a tal grado que, como era previsible para el fabricante, el comprador no tenía más interés en el contrato.

Otro caso en el mismo sentido, número del caso 282, número de la CLOUT 26, Tribunal de Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997. En caso se trataba de una venta con pacto de exclusiva entre un vendedor holandés y un comprador alemán, que el vendedor había incumplido. En Tribunal sostuvo que el comprador había perdido su derecho a declarar resuelto el contrato pues no lo había hecho dentro de un plazo razonable del artículo 49.2. letra b) del inciso i) de la CISG). Además, como el vendedor había ofrecido entregar mercadería nueva, cosa que fue rechazada por el comprador, la falta de calidad no equivalía a un incumplimiento esencial del contrato conforme el artículo 25 de la CISG, pues el vendedor había ofrecido entregar nuevas mantas⁵⁹⁶.

Como podemos observar de los casos anteriormente planteados, los Tribunales vienen aplicando la CISG a los pactos de exclusiva en los contratos de

⁵⁹⁶ En este mismo sentido, el caso número 217, número de la CLOUT 18, Tribunal an delsgericht des an tons Aargau, Suiza, 26 de septiembre de 1997. El comprador se negó a aceptar las mercaderías con el argumento que el contrato no había sido válidamente celebrado por que no se estableció el precio y que, de cualquier modo, tenía derecho a declarar resuelto el contrato, dada el incumplimiento del pacto de exclusiva otorgados por el vendedor. El Tribunal dictaminó que pese que el precio no estuviera pactado, que sí había habido celebración válida de contrato. Pero que además, el Tribunal entendió que el comprador no tenía derecho a declarar resuelto el contrato, aun que la violación de un acuerdo por el que se otorgaran derechos exclusivos pudiera constituir incumplimiento esencial del contrato, de acuerdo con el artículo 49.1 a) de la CISG.

distribución porque además de que la CISG es capaz de responder a las necesidades de las partes, la Convención aporta los instrumentos eficaces para transmitir seguridad jurídica y equilibrio en las relaciones jurídicas, ya que los contratantes tendrán la certeza de la aplicación de un derecho neutro y uniforme. Aunque es verdad que la CISG no fue proyectada especialmente para los contratos de distribución internacional. Sin embargo, sus disposiciones fueron preparadas para que fuesen aplicadas en caso de incumplimiento de los contratos internacionales de compraventa y por supuesto al incumplimiento de la obligación de exclusiva, que no deja de ser una obligación a más del contrato, siendo perfectamente compatible con las disposiciones de la CISG que trata del incumplimiento de las obligaciones del contrato, las acciones y remedios correspondiente⁵⁹⁷. Prueba de ello son los casos aportados anteriormente.

Con la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, ya no existiría la situación que el fabricante contrataría un abogado en cada país que enviara sus productos, y por otro lado, incentivaría más a los fabricantes a entrar en nuevos mercados, ya que con la aplicación de la CISG no se observaría la incerteza que observamos cuando tenemos que lidiar con derechos de otros países, porque la CISG es conocida por su carácter uniforme y aplicada mundialmente.

Otro punto positivo de la aplicación de la CISG sería la inexistencia de incertidumbre sobre qué derecho será aplicado, la ley de un país o de otro, acabándose de este modo con la posibilidad de obtener beneficios jurídicos, debido al uso de las leyes de su propio país. En consecuencia de este punto sería que la CISG aportaría un estímulo a los contratantes, pues ellos tenían la certeza de la aplicación de una norma uniforme, y además su aplicación no beneficiará el derecho de uno o del otro.

Tal y como la profesora del Derecho Mercantil en España PILAR PERALES apuntó: *«Responde a una visión simplista y desde luego no acorde con la CISG*

⁵⁹⁷ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETI LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGU SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1235.

considerar que la misma únicamente se aplicará a los contratos de cambio- la compraventa de tracto único en el que simplemente se vende una mercancía por un precio, esto es, contratos que responden al viejo y tradicional esquema de la compraventa, pero no a los de colaboración»⁵⁹⁸.

En este sentido, la CISG está preparada para ser aplicada muchos más allá de los contratos de compraventa simple, como por ejemplo a los contratos de distribución. Por ello, en caso de incumplimiento de la cláusula de exclusiva, sea un incumplimiento material, parcial, total o defectuoso imputables a una de las partes, crea la situación jurídica al acreedor de reclamar la reparación del daño. La CISG ofrece la posibilidad que los daños sean reparados de diversas formas, existiendo una escala de mayor o menor consecuencia desde la posibilidad de continuar con el cumplimiento del contrato con las reparaciones del defecto, vicios, sustitución del objeto, reducción del precio, como la posibilidad más radical, que es la resolución del contrato.

Además, el contrato de distribución y los contratos de compraventa poseen una tipología semejante, lo que conjuntamente con el principio de la autonomía de la voluntad fortalece la fuerza atractiva de aplicación de la CISG a los contratos de distribución. Lo que PILAR PERALES denomina de *vis expansiva* que es la acción de atracción que la CISG hace a las obligaciones que derivan del contrato de compraventa⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244.

⁵⁹⁹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «A CISG e os Contratos Internacionais de Distribuição». En *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: Desafios e Perspectivas*. Directores: SÍLVIO DE SALVO VENOSA, RAFAEL VILLAR GAGLIARDI E EDUARDO ONO TERASHIMA. São Paulo: Editorial Atlas, 2015, pp. 80-101. «Aunque la exclusiva pueda configurarse como elemento esencial del acuerdo entre las partes, no deja de ser un pacto que acompaña y se integra en el contrato en su conjunto. Empero lo anterior, incluso aunque considerásemos que la cláusula de exclusiva tiene su propio autonomía, la cuestión no cambiaría pues la Convención de Viena regula también otras estipulaciones cuya autonomía resulta incluso más clara y consolidada, como sucede por ejemplo con los convenios arbitrales»

i. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXCLUSIVA SE CARACTERIZA COMO UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL BAJO LOS PARÁMETROS DE LA CISG

Aunque ya hemos tratado de la cuestión de aplicabilidad de la CISG a los contratos de distribución, hay una cuestión importante y de carácter previo que trata del análisis de si el incumplimiento de la obligación de exclusiva en los contratos de distribución se trata de un incumplimiento esencial del contrato bajo los parámetros de la CISG⁶⁰⁰. Puesto que, si no supera este requisito previo fundamental, no será posible acceder a las acciones y remedios contempladas por la CISG, es decir, para que la parte perjudicada por incumplimiento tenga derecho a resolver el contrato, con base en el ordenamiento de la CISG, el incumplimiento deberá ser considerado como un incumplimiento *esencial*⁶⁰¹.

Esa nueva forma de enfocar el incumplimiento es una tendencia de la legislación moderna. Primero se valora qué tipo de incumplimiento se trata, una vez que se llega a la conclusión que se trata de un incumplimiento esencial, se abre la posibilidad de aplicación de la consecuencia más radical, que es la resolución del contrato⁶⁰².

En otras palabras, la elección de una u otra acción dependerá de si se aplicará el principio del incumplimiento esencial, es decir, dependerá de las consecuencias causadas al perjudicado y si este incumplimiento es causa de resolución del contrato. Por ejemplo, en la sentencia T.S. 532/2012, (Sala 1) de 30 de julio, en este caso no se cumplió el pacto de exclusiva y por ello el perjudicado solicitó al Tribunal la resolución del contrato. El Tribunal consideró que la vulneración del pacto de

⁶⁰⁰ Vid. MARTINEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balear, Servei de Biblioteca i Documentació, 2006, pp. 270 - 280.

⁶⁰¹ Con base a los artículo 49 (1) (a), 51 (2), 64 (1) (a), 72 (1) o 73 (1), (2) de la CISG.

⁶⁰² La CISG, las Leyes comerciales Escandinavas, el artículo 232 (2) BGB sobre el derecho a resolver un contrato, el Código de Obligaciones de Estonia, los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los contratos o el Marco Común de Referencia de la Unión Europea, adoptan la noción central de incumplimiento esencial. SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 745 y 746.

exclusiva se trataba de un incumplimiento de una obligación muy importante del contrato y por eso la resolución del contrato estaba más que justificada. Otro supuesto es la sentencia nº. 346/2009 del TS, Sala 1ª, de lo Civil, 20 de mayo de 2009, este caso el fabricante fue condenada a pagar una indemnización por incurrir en incumplimiento doloso, puesto que introdujo un nuevo distribuidor en las zonas asignadas al fabricante en exclusiva.

Con esto, lo que se busca es la proporcionalidad entre la punición y la magnitud del daño causado, además se buscar evitar la resolución del contrato cuando la consecuencia para el perjudicado fue de menor importancia y consecuentemente se restringiría a una acción de indemnización, conservando así el contrato. Ya que, una de las funciones del principio de incumplimiento esencial es la conservación del contrato, una vez que no es cualquier incumplimiento obligacional que dejará la vía abierta para la resolución del contrato bajo las normas de la CISG.

Entonces, debido a su importancia, analizaremos si el incumplimiento de la obligación de exclusiva en los contratos de distribución podría ser interpretado por la CISG como un incumplimiento esencial. Sin embargo, a la luz del incumplimiento también analizaremos otras alternativas distintas de la resolución contractual, ya que muchas veces la resolución del contrato no es la respuesta más ventajosa para los contratantes.

ii. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DEL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

La CISG trata en su artículo 25 la definición del principio del incumplimiento esencial. De acuerdo con sus parámetros,

«El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando causa a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

En este propósito, se observará incumplimiento del contrato cuando haya ocurrido la inobservancia de cualquier obligación contractual, independientemente que la obligación sea creada específicamente para el contrato en cuestión o si se deriva de una obligación impuesta por la CISG. Además, para que el incumplimiento sea considerado esencial debe ser observado las siguientes características: el incumplimiento debe privar sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar en virtud del contrato y la consecuencia era previsible para la parte que incumplió la obligación⁶⁰³.

Hechas las consideraciones anteriores, lo que trataremos a continuación es en qué situaciones un incumplimiento debe ser considerado como esencial, puesto que de acuerdo con el artículo 25 de la CISG no son todos los incumplimientos que son considerados esenciales. Tal consideración es fundamental porque la esencialidad del incumplimiento nos va a restringir o autorizar determinados usos de los derechos y acciones que la CISG nos ofrece.

Según se ha citado en el artículo objeto de análisis, el incumplimiento es esencial cuando causa a la otra parte un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que tenía derecho a recibir en virtud del contrato. Como se puede constatar la definición es bastante amplia, y lo cierto es que por causa de la falta de exactitud en la definición se deja abierta, a por lo menos, al estudio de diversas posibilidades de incumplimientos. Hay autores que declaran que la definición es poco objetiva porque

⁶⁰³ Algunos ejemplos de incumplimiento esencial: Número del caso 488, número de la CLOUT 42, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), 12 de febrero de 2002. Foi considerado incumplimiento esencial porque el vendedor no facilitó el certificado de origen de las mercaderías, indispensable para su exportación; Número del caso 1384, número de la CLOUT 147, Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Elche, España, 06 de julio de 2009. El vendedor no entrego las mercaderías con la calidad pactada. Número del caso 1387, número de la CLOUT 147, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Colmenar Viejo, Madrid, 23 julio 2008. En este caso so se apreció el incumplimiento esencial, pero accesorio; Número del caso 1494, número de la CLOUT 160 Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, sentencia número 569, de 6 de octubre de 2014, «*En el presente caso no existe duda de que nos encontramos ante un incumplimiento esencial, ya que se ha producido la pérdida total de la cosa vendida*». Otra decisión interesante, es la sentencia del Tribunal Supremo español, 5 de abril de 2006, donde se aplicó la CISG al contrato de prestamo. Una entidad crediticia espa ola cedió un crédito a un deudor espa ol, estableciéndose ue el pago se haría a plazos. Como el deudor declaró ue no podía seguir pagando la deuda, la entidad crediticia demandó el deudor por incumplimiento. El Tribunal aplicó el artículo 25 de la CISG porque entendió que la falta de pago a falta de pago significaba un incumplimiento esencial de las obligaciones asumidas. Según el Tribunal Supremo de España (Sentencias Número 638/18 de noviembre de 2013 y Número 106/19 de mayo de 2015), se presenta incumplimiento esencial cuando se frustra tanto la base o el objetivo del negocio, como también los resultados y expectativas que la parte tenía el derecho a esperar.

carece de precisión⁶⁰⁴. Aunque, entendemos que el artículo 25 cumple con la filosofía de la CISG de flexibilidad y adaptabilidad al caso concreto, pero bien es verdad que falta una definición precisa, pero los redactores de la CISG han hecho la definición con un diferente punto de partida, es decir, definen el concepto con base en el resultado, y así no enumera en una lista definida y cerrada de incumplimientos, corriendo el riesgo de quedar alguno fuera puesto que como se trata de una ley internacional es imposible prever todas las posibilidades de incumplimiento. En otras palabras, para la CISG el principio del incumplimiento esencial no se mide por el tamaño del incumplimiento, sino por el perjuicio que este incumplimiento causó al perjudicado.

Ante la situación planteada, la importancia de la definición de un incumplimiento esencial ha sido la piedra angular del sistema de derechos y acciones de la CISG, puesto que constituye la condición previa para la resolución del contrato y un prerequisite para acceder a los derechos y acciones contemplados por la CISG⁶⁰⁵. De esta forma, tal y como el artículo 25 de la CISG plantea la definición de incumplimiento esencial, nos parece relevante porque de este modo, no sólo abre el abanico de posibilidades de incumplimientos que antes no eran previstos, adaptando así la norma al caso concreto, sino que trata de forma más justa y real los incumplimientos y sus consecuencias, moldeando el incumplimiento a una sanción justa siempre con el objetivo de preservar el contrato, evitando que la parte perjudicada resuelva el contrato por un incumplimiento que no da motivos reales para ello.

En resumen, antes de aplicar el principio de incumplimiento esencial, se debe observar dos factores importantes: si hubo la privación sustancial del derecho esperado y si hubo la previsibilidad de evitar el daño causado⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ ANDREA BJÖRKLUND, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck-Hart-Nomos, Múnich, 2011, p. 337. «The definition of fundamental breach in Art. 25 is less than precise».

⁶⁰⁵ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, p. 750.

⁶⁰⁶ ANDREA BJÖRKLUND, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck-Hart-Nomos, Múnich, 2011, p. 337. La autora dice que la definición de incumplimiento esencial en

Llegado a este punto y con el estudio anterior del pacto de exclusiva⁶⁰⁷, podemos decir que no cabe duda que el quebrantamiento de la cláusula de exclusiva, en los contratos de distribución por el obligado, puede llegar a causar consecuencias que perfectamente pueden ser equiparadas por analogía a un incumplimiento esencial según los parámetros de la CISG, ya que el incumplimiento de la cláusula de exclusiva puede generar pérdidas a la otra parte que prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

En este sentido, veamos la sentencia de la Sala N.º 1, del T.S. 532/2012, de 30 de julio. En este caso, los demandantes se suscribieron en condición de franquiciadas, para la distribución y venta de productos de calefacción y climatización fabricados, con pacto de exclusiva. Sobre el incumplimiento del pacto de exclusiva los magistrados consideraron que la vulneración del pacto de exclusiva era esencial, aunque las consecuencias del incumplimiento tuvo una escasa incidencia económica si se comparaba con la gravedad de la infracción, ya que la vulnerabilidad del deber básico de lealtad era suficiente para destruir la confianza en la contraparte singularmente exigible en los contratos de colaboración de ejecución continuada en el tiempo, considerando pues, un incumplimiento esencial. Como argumentación jurídica se mencionó el artículo 25 de la CISG⁶⁰⁸. También se hizo referencia al artículo 8:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.

el artículo 25 no es clara. De hecho, se ha dicho que la regla está abierta a la crítica debido a que es probable que conduzca a la incertidumbre ya que la naturaleza de textura abierta de la definición en el artículo 25 hace que sea difícil predecir el momento en el incumplimiento será considerado como fundamental. Determinación son hechos específicos, y es posible sólo para hacer predicciones generales en cuanto a qué tipos de comportamiento será hallada en un incumplimiento esencial.

⁶⁰⁷ Página 56 y ss. de este trabajo.

⁶⁰⁸ Sentencia de la Sala 1, del Tribunal Supremo, 532/2012, de 30 de julio de 2012. Esta sentencia es respuesta al recurso de casación sobre contrato de franquicia, reclamación de cantidad y pacto de exclusiva. Sobre el incumplimiento de la cláusula de exclusiva la Sala aplicó el artículo 25 de la CISG, considerando pues, el incumplimiento de exclusiva como un incumplimiento esencial: «En el caso enjuiciado se ha acreditado la vulneración por el franquiciador del pacto de exclusiva, cuya importancia en el conjunto del contrato no se cuestiona, sin que opere a modo de excusa absolutoria la escasa incidencia económica de la grave infracción, ya que la vulneración de tal deber básico comporta una deslealtad suficiente para destruir la confianza en la contraparte singularmente exigible en los contratos de colaboración de ejecución continuada en el tiempo, constituyendo un incumplimiento esencial». <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/148908/sentencia-ts-532-2012-sala-1-de-30-de-julio-contrato-de-franquicia-reclamacion-de-cantidad-p>

(b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte». En este sentido apunta el artículo 1.199 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborado por la Comisión General de Codificación, a cuyo tenor «cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial».

La sentencia del Tribunal italiano di Forlì, 6 de marzo de 2012, aplica la CISG al contrato de distribución, pero hace referencia que a pesar de que la mayoría de los intérpretes del contrato de distribución, en su esquema tradicional, no puede considerarse que se regirá por la CISG⁶⁰⁹. Sin embargo, los jueces entienden que el caso que se trató, por las características del acuerdo de distribución que tomó forma de un suministro de contrato de los bienes como, se consideró que había una situación contractual que está sujeto a la Convención de Viena.

iii. EL GRADO DEL VÍNCULO OBLIGACIONAL

Podemos observar diferentes tipos de pacto de exclusividad dentro de los contratos de distribución. Están los pactos de exclusiva de carácter unilateral, cuando sólo una parte adquiere la obligación de no realizar con terceros las prestaciones ya contratadas. Están también las obligaciones bilaterales, cuando ambos contratantes se obligan recíprocamente, unos con más vínculo obligacional que otros. Sea una obligación bilateral o unilateral, en caso de incumplimiento de la obligación de

⁶⁰⁹ Comentario de la sentencia del Tribunal italiano di forlì, 6 de marzo de 2012. «De manera que, en los artículos 30 y 53 se puede derivar que un contrato venta, a la luz de la convención, es un contrato por el que el vendedor está obligado a entregar los bienes, transferir la propiedad de la mercancía y, finalmente, entregar todos los documentos relativos a la mercancía, mientras que el comprador está obligado a pagar el precio y recibir la entrega de las mercancías ... es, además, que es necesario la mercancía vendida sea móvil y tangible en el momento de entrega».

exclusiva en un contrato de distribución, verificamos que dependiendo del grado de obligación establecido por los participantes del contrato, el incumplimiento será más grave o menos grave, lo que no implica que un incumplimiento grave cause más daño al perjudicado, que un incumplimiento menos grave.

Además, para efectos de discusión, si la CISG se aplica a los contratos de distribución, no es relevante medir el nivel obligacional de los pactos de exclusiva porque a la hora de definir lo que es el incumplimiento esencial la CISG emplea la formula al revés, es decir no usa como punto de partida las acciones o inacciones del incumplidor, pero sí las consecuencias causadas al perjudicado. Obviamente, que se llevará en consideración los grados de obligación, pero la gravedad del incumplimiento no es lo que realmente definirá si el perjuicio causado fue sustancial o no lo fue.

En definitiva, el artículo 25 de la CISG traza una línea entre dos situaciones que dan lugar a acciones más reparadoras y acciones más drásticas. Las acciones reparadoras son las indemnizaciones por daño y perjuicios y/o la reducción del precio en virtud de un incumplimiento del contrato y las que requieren acciones más radicales, como la resolución del contrato⁶¹⁰.

Conforme a la doctrina⁶¹¹, hay incumplimiento contractual que da acceso a las acciones que tienen como objeto resolver el contrato, cuando se observe el incumplimiento esencial de una obligación. Dentro de la esfera de las obligaciones contractuales que el artículo 25 de la CISG trata, podemos diferenciar dos tipos de obligación: Una es la obligación contractual típica y a su vez prevista por la CISG. El segundo tipo de obligaciones se trata de una obligación *sui generis* creada contractualmente y definida por las partes, pero en estos casos específicos, la CISG

⁶¹⁰ Compendio de jurisprudencia basada en la. Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

⁶¹¹ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, p. 754.

sólo acepta las obligaciones contractuales que estén abarcadas en un contrato cubierto por el ámbito de aplicación de la CISG⁶¹².

En este sentido y aproximando el asunto al tema que estamos tratando, hay algunas sentencias que el Tribunal trata el incumplimiento del acuerdo de distribución exclusiva bajo las normas de la CISG ⁶¹³. En la sentencia Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997, entre otros asuntos, se argumentó la rescisión del contrato con base en el incumplimiento esencial del acuerdo de distribución exclusiva conforme el artículo 25 de la CISG. El Tribunal señaló que mismo existido tal condición, hipótesis que el comprador no había demostrado, ya no existía el derecho a reclamar en virtud que el comprador no lo hizo dentro de un plazo razonable según el artículo 49, párrafo 2, apartado b), inciso I. Es decir, el Tribunal admitió a discusión de la hipótesis del incumplimiento del contrato de distribución de exclusiva como un incumplimiento esencial, que no prosiguió por faltas de pruebas y agotamiento del plazo⁶¹⁴.

Ya en la sentencia de Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza de 26 de septiembre de 1997⁶¹⁵, un demandante alemán había producido juegos de cubiertos ordenados por un acusado suizo (comprador). El comprador se negó a aceptar la entrega y afirmó que ningún contrato se hubiera celebrado válidamente o que tenía

⁶¹² *Ibíden*.

⁶¹³ Número del caso 282, número de la CLOUT 26, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997.

⁶¹⁴ Número del caso 578, número de la CLOUT 51, Tribunal Federal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito occidental de Michigan, Estados Unidos, 17 de diciembre de 2001, en este caso se discute el incumplimiento de la obligación de no competencia. El Tribunal comprobó que la CISG representaba la ley vigente respecto de todas las cuestiones, excepto el acuerdo de no competencia. Sin embargo, como el Tribunal entendió que el territorio abarcado por el acuerdo de no competencia no estaba suficientemente definido, el Tribunal aplicó las disposiciones de la CISG acerca del significado de las declaraciones de las partes - artículo 8 de la CISG y el curso de la negociación - artículo 9 de la CISG, para interpretar el acuerdo de no competencia.

⁶¹⁵ Caso de la CLOUT 18, número del caso 217, Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza de 26 de septiembre de 1997, el litigio involucraba a un fabricante de cubiertos y un comprador. El comprador se negó a aceptar la entrega y afirmó que ningún contrato había sido celebrado válidamente, o en defecto de este entendimiento que tenía derecho a declarar resuelto el contrato debido a una violación de los derechos exclusivos concedidos por el fabricante. El vendedor declara resuelto el contrato y demandó al comprador por daños y perjuicios. El Tribunal declaró el contrato válido y sobre el pacto de exclusiva, dijo a pesar de que la violación de un acuerdo de concesión de derechos exclusivos puede ser un incumplimiento esencial del contrato. Sin embargo, el comprador no ha dado pruebas suficientes de derecho suizo que un acuerdo de concesión de derechos exclusivos se había celebrado.

derecho a declarar resuelto el contrato debido a una violación de los derechos exclusivos concedidos por el vendedor. El vendedor declara resuelto el contrato y demandó al comprador por daños y perjuicios. El Tribunal sostuvo que el contrato se había celebrado válidamente, aunque no todos los puntos pertinentes habían sido abordados por las partes. Y específicamente sobre el incumplimiento de la obligación de exclusiva, el Tribunal declaró que la violación de un acuerdo de concesión de derechos exclusivos puede ser un incumplimiento esencial conforme el artículo 25 de la CISG, en el caso presente no era posible tal entendimiento, ya que el comprador no ha dado pruebas suficientes que un acuerdo de concesión de derechos exclusivos se había celebrado.

Como hemos podido observar, la jurisprudencia puede llegar a tratar el incumplimiento de exclusiva como un incumplimiento esencial según los parámetros del artículo 25 de la CISG, pero en ningún caso como una obligación principal del contrato, es decir se trata de una obligación, de hacer o no hacer, a más del contrato y por ello llegamos a la conclusión que los incumplimientos de los pactos de exclusiva pueden ser tratados según los derechos y acciones establecidos por la CISG, porque son obligaciones que hacen parte del contrato y en caso de incumplimiento pueden llegar a ser considerados como incumplimientos esenciales⁶¹⁶. Cabe agregar, que el artículo 25 de la CISG no es propiamente la acción por la cual se resolverá los incumplimientos contractuales, sino un requisito que da acceso al uso de los derechos y acciones tratados por la CISG, que se hallan en el capítulo II, sección III que trata de los derechos y acciones en caso de incumplimiento del vendedor y en el

⁶¹⁶ Caso de la CLOUT 51, número del caso 579, District Court for Southern District of New York, Estados Unidos, 10 de mayo de 2002. El Tribunal decidió que la CISG regía el incumplimiento del contrato objeto de la demanda. Además, el Tribunal utilizó en artículo 9 de la CISG, haciendo referencia a los usos que las partes han convenido, que a su vez también eran ampliamente reconocidos en la esfera de la industrial, para llegar a la conclusión de que el demandante había aceptado la oferta y por lo tanto estaba obligado a suministrar la mercadería; Caso de la CLOUT 26, número del caso 282, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997. Esta sentencia trata de un demandante, un vendedor holandés, entregó mantas de acrílico al demandado, un comprador alemán. Se argumenta que la venta estaba condicionada a un acuerdo de distribución exclusiva entre las partes. Sobre esto, el Tribunal no rechazó la discusión por la inaplicabilidad de la CISG, pero todo lo contrario, puesto que utilizó el artículo 49 apartado b) del párrafo 2), para justificar la pérdida del derecho a declarar resuelto el contrato pues no lo había hecho dentro de un plazo razonable; Caso de la CLOUT 18, número del caso 217, Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza de 26 de septiembre de 1997. En este caso el Tribunal entiende que aunque la violación de un acuerdo por el que se otorgaran derechos exclusivos pudiera constituir incumplimiento esencial del contrato, el comprador no presentó pruebas suficientes que corroborara que se hubiera pactado un acuerdo de exclusiva. En ambas sentencias se observa que el Tribunal no rechaza la aplicación de la CISG, al contrario justifica su no aplicación por otros motivos, pero menos por la no aplicabilidad de la CISG a los acuerdos de exclusiva.

capítulo III, sección III que trata de los derechos y acciones en caso de incumplimiento del comprador⁶¹⁷.

⁶¹⁷ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, España, 2011, p. 750.

CAPÍTULO V

CAPÍTULO V

LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

I. Introducción.....	277
II. Breve análisis comparativo de la falta de conformidad en el sistemas Europeo e internacional.....	279
1. Principios UNIDROIT.....	283
2. El Marco Común Europeo de Referencia para el Derecho Contractual.....	287
3. El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución.....	288
4. Los Principios Europeo de Derecho de Contrato	288
III. Falta de conformidad en la CISG.....	290
1. Falta de conformidad material.....	292
2. Falta de conformidad jurídica.....	296
IV. La falta de conformidad en los contratos de distribución.....	300
1. El principio de cooperación.....	302
2. El principio de cooperación aplicado al cumplimiento de la obligación de conformidad.....	303
3. El principio de cooperación en la nueva versión de los principios UNIDROIT.....	305
4. Posicionamiento jurisprudencial sobre la falta de conformidad.....	309

LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El tema que pasamos a tratar a continuación – *obligación de entregar las mercaderías conformes a lo pactado* – tiene una especial importancia para el perfecto funcionamiento del contrato de distribución internacional, debido a las características especiales de este tipo de contrato, ya que hasta que las mercaderías lleguen al consumidor final, además del distribuidor, pueden pasar por uno o varios intermediarios, y para que esta cadena de contratos funcione correctamente, es necesario que las mercaderías cumplan con todas las obligaciones establecidas entre las partes.

De los contratos surge el nacimiento de las obligaciones recíprocas entre fabricante y distribuidor, que se comprometen en asumir posiciones jurídicas de deudores y acreedores de las obligaciones, que tienen como objetivo la buena ejecución del contrato⁶¹⁸. Tales obligaciones se traducen en obligaciones como: obligación de entregar las mercaderías conforme a lo establecido, delimitación del territorio donde se llevará a cabo el negocio, obligación de poseer un stock mínimo, volumen mínimo de compra anual, pacto de reventa en exclusiva – que podría la obligación ser solo para el distribuidor o para ambos – con los gastos de publicidad, licenciar el uso de las marcas comerciales, obligación de utilizar los signos distintivos del fabricante, etc⁶¹⁹.

La función que las obligaciones de los contratos de distribución internacional cumplen, además de asegurar la buena ejecución del contrato, es aportar a las partes la seguridad de continuidad de la relación comercial, asegurando que la compraventa

⁶¹⁸ PELLISÉ URQUIZA, CRISTINA, *Los contratos de distribución comercial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 27; ALONSO SOTO, RICARDO, «Tipología de los contratos de distribución comercial» en *Los contratos de distribución*. Directores: ALBERTO ALONSO UREBA; LUIS VELASCO SAN PEDRO; CARMEN ALONSO LEDESMA; JOSEBA AITOR ECHEVARRÍA; A. JORGE VIERA, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, pp. 59 y ss.

⁶¹⁹ Para llegar a la conclusión de que nivel de importancia tiene cada obligación, se debe tener la diligencia para apreciar, caso por caso, buscando siempre observar ante qué realidad nos encontramos: lo cierto es que todo dependerá de la relevancia y de la autonomía que las partes hayan querido atribuir a los pactos accesorios, sea ellos aparecidos a través de una cláusula o por medio de otro contrato.

será realizada de forma periódica y regular. Y también afianza la colaboración entre fabricante y distribuidor, que el contrato de compraventa en solitario no es capaz de propocionar, formando así el contrato de distribución o un contrato de compraventa de larga duración.

Por las razones citadas anteriormente, el fabricante con la finalidad de consolidar su red de distribuidores y obtener la máxima constancia de ellos en el negocio y posterior reventa de los productos, tratan por medio del clausulado contractual de establecer una vinculación lo más firme posible del distribuidor a su red de distribución⁶²⁰.

No obstante, entre tantas obligaciones que posee el contrato de distribución internacional, hay una obligación importantísima para el buen funcionamiento del contrato de distribución, que es la obligación de entregar las mercaderías conformes a lo pactado entre las partes. Sin embargo, para que las mercaderías sean entregadas conforme a lo pactado, previamente es muy importante que las partes pacten detalladamente todas las obligaciones que deben ser cumplidas para el buen funcionamiento de esta obligación. En el caso que el distribuidor no establezca las coordenadas para el fabricante, como por ejemplo, las reglas de documentación, etiquetado, embalaje, etc., que deben ser observadas para la entrada de las mercaderías en el país de destino, el contrato no tendrá una buena ejecución.

En este sentido, seguiremos la misma dinámica de los capítulos anteriores – estudiaremos la posibilidad de aplicar la CISG a los contratos de distribución internacional, y ahora específicamente en los casos de incumplimiento de la obligación de entregar las mercaderías conforme a lo establecido en el contrato de distribución internacional. Con el objetivo de situarnos en el tema de falta de conformidad de las mercaderías, haremos un breve análisis de las normativas existentes en el sistema europeo e internacional.

⁶²⁰ DOMINGUEZ GARCIA, MANUEL ANTONIO, «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 177, 1986, Madrid, p. 422. Tales obligaciones, pueden presentarse tanto en los contrato marco, en los contratos accesorios al contrato de compraventa, como también como cláusula en el contrato de distribución.

II. BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL SISTEMAS EUROPEO E INTERNACIONAL

Sabemos de la variedad de cuestiones que existen dentro del contrato de distribución internacional, pero elegimos estudiar la falta de conformidad de las mercaderías por la diversidad del tema, que va desde la obligación de entregar las mercaderías conforme a lo pactado sobre la cantidades, calidad, el embalaje, hasta la obligación de entregar las mercaderías libres de derechos y pretensiones de terceros.

El vendedor y el comprador pueden tener dos parámetros de exigencia para el cumplimiento de la conformidad de las mercaderías. Las exigencias legales pueden tanto ser requeridas por las normas del país de origen, como también por exigencia del comprador, que muchas veces requiere determinados pedidos específicos al vendedor con el objetivo de atender a las necesidades del consumidor final (artículos 30 y 35 de la CISG).

Trasladando tal hipótesis para los contratos de distribución internacional, observamos que la obligación de entregar las mercaderías conforme a lo establecido entre las partes es la misma. Es decir, se observa claramente que la obligación en este tipo de contrato es la de cumplir con las condiciones que se les exige en el mercado de destino, es decir las normas de entrada del país. Pero también, se observa la obligación del vendedor de entregar las mercaderías que no estén sujetas a derechos y pretensiones de terceros relacionados con los derechos de propiedad industrial o intelectual (artículo 41 y 42 de la CISG).

Ya sabemos que la falta de regulación específica en los contratos de distribución internacional trae un perjuicio a todos los ámbitos del contrato, y no sería distinto a la hora de regular y establecer los límites y parámetros para considerar una mercadería conforme, y conecuentemente establecer las conecuencias en caso de incumplimiento de las obligaciones referentes a la falta de conformidad.

En la actualidad no existe ningún tipo de normativa internacional, de aplicación obligatoria, que trate específicamente de la falta de conformidad de las

mercaderías en los contrato de distribución internacional⁶²¹. Lo cierto es que disponemos de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999⁶²², sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, a continuación Directiva. No obstante, la Directiva no regula la falta de conformidad de las mercaderías comercializadas entre fabricante y distribuidor, sólo prever la falta de conformidad entre vendedor y consumidor⁶²³.

⁶²¹ BOUCARD, HÉLÈNE, «La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de marzo de 2008, pp. 1 – 29. Disponible en <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/13.pdf>. El derecho uniforme lleva a cabo la unificación y, por lo tanto, simplifica las obligaciones del vendedor, lo que parece hacer falta en los Derechos nacionales.

⁶²² La Directiva 1999/44/CE fue modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011. Nos referimos sistemáticamente a la versión consolidada de la Directiva 1999/44, de 12 de diciembre de 2011. «Queda excluida la derogación de la Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo y por tanto, fuera del ámbito de regulación de la Directiva de 2011, que en la Propuesta tenía designado el Capítulo IV. Sin embargo, mediante el artículo 33 del texto final se introduce el artículo 8 bis, relativo a los requisitos de información en el caso de que «un Estado miembro adopte disposiciones más estrictas en materia de protección de los consumidores que a uellas previstas con arreglo al artículo 5, apartados 1 a 3, y al artículo 7, apartado 1,» similares a los del artículo 32 que modifica la Directiva 93/13/CEE». RALUCA STROIE, LULIANA. «La Directiva 2011/83/UE, sobre los Derechos de los Consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea». *Revista CESCO de Derecho de Consumidor*, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, N.º 1, enero – marzo, 2012, pp. 8 – 9.

La Directiva 2011/83/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. «La Directiva 2011/83/CE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros». *Revista CESCO de Derecho de Consumidor*, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, N.º 1, enero – marzo, 2012, pp. 10 – 14.

z

Directivas: la Directiva 85/577/CEE, sobre contra

consumidores, la Directiva 97/7/CE, sobre contratos a distancia, y la Directiva 1999/44/ CE, sobre la venta y las ga

⁶²³ Artículo 2 (Conformidad con el contrato): 1.
bien que sea conforme al contrato de compraventa.

z *el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor
haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;*

dicho uso;

c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo;

z

representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.

En tal sentido, la Directiva considera que el vendedor debe ser el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes en el contrato. No obstante, establece la posibilidad del vendedor de entablar acciones contra el fabricante o contra cualquier otro intermediario de la cadena contractual, salvo que hubiese renunciado a ese derecho, pero tales acciones serán bajo la legislación nacional, que deberá determinar las normas que regulan contra quién podrá actuar el vendedor y las modalidades de dicha acción⁶²⁴. Con lo cual, la uniformidad de las decisiones sería perjudicada, ya que se aplicaría al caso el derecho nacional, comprometiendo así todo el avance de los últimos 30 años de la contratación internacional. Y muchas veces el derecho nacional no está preparado para tratar del asunto con propiedad, que es lo que ocurre, por ejemplo en el Derecho nacional español.

En este sentido, ante una situación de conflicto en la ejecución del contrato de tracto sucesivo y contenido complejo el remedio que el Código Civil español ofrece para la resolución son los artículos 1101 y ss y en especial 1124. No obstante, ese tipo de solución raramente se conecta con las relaciones de tracto sucesivo y contenido complejo en las que hay varias obligaciones y deberes y valores compartidos⁶²⁵. Se trata de un sistema de conflicto que tiene una tendencia a promover la terminación del contrato o la ruptura de la confianza, ya que es una ley

ignorarlos, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor.

apartado 2 si demuestra:

—
—
—

z

equiparable a la falta de conformi

z

z

⁶²⁴ Vid. CASTILLA BAREA, MARGARITA, «La determinación de la falta de conformidad del bien con el contrato a tenor del artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de consumo», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol.XXI, 2003, p.282.

⁶²⁵ ECHEVARRÍA SÁENZ, JOSEBA AITOR, «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, pp. 15 – 53.

que orienta a las partes hacia al pleito, sea con el objetivo de obligar el cumplimiento y la posterior resolución o directamente se plantea la resolución del contrato, artículo 1124 del CC: «El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible».

Es decir, se trata también de una cuestión del planteamiento defasado del Código Civil español, como también la insuficiencia del Código Comercial que no fomentan la cultura de resolución de conflicto mientras las partes sigan colaborando, osea, ajena a la terminación del contrato, y eso es todo al revés de lo que la CISG defiende, ya que se lleva muy en consideración el principio de la conservación del contrato y la continuidad del negocio⁶²⁶. La CISG dispone justo lo que los contratos de distribución internacional necesitan, una norma de principios actualizada y no una ley seca y dura. Ofreciendo una ley flexible porque su objetivo es regular las relaciones comerciales en general y no prever y regular todos los posibles problemas específicos que pueden existir en un contrato, hasta porque en este caso sería muy difícil mantener un criterio homogéneo de solución, capaz de ser aplicado en todos los países. Y en este sentido, la CISG cumple con su objetivo de proteger y afianzar la uniformidad de su aplicación, lo que da seguridad a las partes que cuestiones similares tendrán resoluciones parecidas, independiente del país donde suceda el conflicto.

De modo que, si en un futuro se considerara de forma formal que la CISG debe ser aplicada a los contratos de distribución internacional, la Directiva ya servirá de puente para la aplicar de la CISG a los contratos de distribución internacional, ya que en el punto 9 de la Directiva⁶²⁷ se establece u e será la legislación nacional ue

⁶²⁶ ECHEVARRÍA SÁENZ, JOSEBA AITOR, «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, pp. 15 – 53. «Nuestro derecho de obligaciones decimonónico se basa en los contratos sinalagmáticos simple bilateral y oneroso. No se contempla los contratos de colaboración, las relaciones complejas de adquisición de productos y servicios».

⁶²⁷ Punto 9 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de consumo: «

».

deberá determinar las normas que regulan contra quién podrá actuar el vendedor y las modalidades de dicha acción. Siendo así, casi automáticamente se trasladaría la competencia de aplicación de las leyes nacionales a la CISG, ya que para los Estados contratantes de la CISG su aplicación es obligatoria, a menos que las partes la excluya de forma expresa o tácita⁶²⁸.

Además de la CISG, tenemos algunos instrumentos normativos internacionales que se complementan, que se acercan a la materia y que serán examinados, de forma general, antes de adentrarse al análisis de lo establecido en materia de falta de conformidad en la CISG. Ejemplo de ellos son: los Principios UNIDROIT, Marco Común Europeo de Referencia para el Derecho Contractual, Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución y el Principio Europeo de Derecho de Contrato⁶²⁹. Tal análisis será realizado con el objetivo de verificar si realmente las normas de la CISG, referentes a la falta de conformidad de las mercaderías, son las más adecuadas para ser aplicadas a los contratos de distribución internacional, en caso de incumplimiento de la obligación de entregar las mercaderías conforme a lo establecido entre las partes.

1. PRINCIPIOS UNIDROIT

Los Principios UNIDROIT⁶³⁰ definen la falta de conformidad en el artículo 7.1.1: *«El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento tardío»*. Se observa que define en qué consiste el incumplimiento

⁶²⁸ Sobre este tema ver pp. 106 y ss de este trabajo.

⁶²⁹ En este estudio no trataremos de la falta de conformidad en el ámbito del consumidor. Vid. AVILÉS GARCÍA, JAVIER, «Las garantías derivadas de la venta de bienes de consumo. Garantía legal de conformidad, garantía comercial, garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos», en DE LEÓN ARCE, ALICIA (dir.); GARCÍA GARCÍA, LUZ MARÍA (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formulario)*, 2.º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

⁶³⁰ Vid. BONELL, MICHAEL JOACHIM «UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law» *Uniform Law Review* 2004/1 p. 5 – 40.
<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

contractual, siguiendo la misma idea subyacente del artículo 49.1, a) y 49.1, b) de la CISG⁶³¹. Además se puede apreciar, que los Principios UNIDROIT sitúan el incumplimiento tanto en la esfera del deudor como en la esfera del acreedor⁶³². Los Principios UNIDROIT abarcan la obligación prestacional de dar o hacer, en lo que dice respecto a la entrega de la cosa y del precio, y también el cumplimiento defectuoso y tardío⁶³³.

Por otro lado, los Principios UNIDROIT establecen un papel muy importante a las expectativas del comprador, dando importancia al carácter subjetivo de la conformidad de las mercaderías, no en el sentido de que el comprador pueda decidir según sus «deseos» la cosa está o no conforme, sino que tales «deseos» deben ser exteriorizados para que lleguen a ser plenamente conocidos por el vendedor para que puedan ser constituidos como un parámetro para decidir si hay o no cumplimiento, es decir, se trata de la autonomía de la voluntad, desde que tal voluntad sea conocida por las partes⁶³⁴. En este sentido, se observa que la noción de conformidad de los Principios UNIDROIT se acerca a conformidad establecida en la CISG.

⁶³¹ MORÁN BOVIO, DAVID, *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, LUCÍA ALVARADO HERRERA; MANUEL CLAVERO TERNERO; RAFAEL ILLESCAS ORTIZ; AGUSTÍN MADRID PARRA, DAVID MORÁN BOVIO (coordinadores), Thomson Aranzadi, 2º ed. 2003, pp. 323 - 325.

⁶³² BECH SERRAT, JOSEP MARÍA, «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero de 2010. http://www.indret.com/pdf/697_es.pdf; VAQUER ALOY, ANTONI, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *ADC*, Tomo, LXIV, Fascículo I, Enero-marzo, 2011, pp. 5-39.

⁶³³ OVIEDO ALBÁN, JORGE, «La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 26, enero-junio de 2014, pp. 219- 253. Manifiesta que «Los instrumentos modernos de derecho de contrato, a partir de la obligación de conformidad contractual radicada en la persona del vendedor, le atribuyen responsabilidad contractual en caso de no satisfacción del interés del comprador referido a la obtención de la utilidad esperada, cuando se verifica una situación de falta de conformidad»; MAZA GAZMURI, IÑIGO, «La falta de conformidad de la cosa vendida: adecuación material», *Revista de Derecho (Vldivía)*, Chile, Vol. 28, N.º 1, 2015; VAQUER ALOY, ANTONI, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *ADC*, Tomo, LXIV, Fascículo I, Enero-marzo, 2011, pp. 5-39: «La falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa. Siendo las partes libres de configurar sus respectivas prestaciones como mejor les plazca».

⁶³⁴ VAQUER ALOY, ANTONI, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *ADC*, Tomo, LXIV, Fascículo I, Enero-marzo, 2011, p. 12; ALVARADO HERRERA, LUCÍA, «Capítulo 3, validez», en MORÁN BOVIO, DAVID (coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.º ed., Navarra, Aranzadi, 2003; OVIEDO ALBÁN, JORGE, «Los Principios UNIDROIT para los contratos internacionales», *Dikaion* Vol. 11 (2002).

Referente a la subsanación del incumplimiento, aunque el artículo 48⁶³⁵ de la CISG ejerce una clara influencia en los Principios UNIDROIT, sin embargo, se observa algunas diferencias. Como por ejemplo, el artículo 7.1.5⁶³⁶ de los Principios UNIDROIT da la posibilidad de subsanar el incumplimiento cuando el vendedor ya incurrió en mora, es decir ya incumplió con la obligación, dando la posibilidad que el perjudicado otorgue una segunda oportunidad al deudor para que éste cumpla con su obligación, preservando así las posibilidades que este contrato siga en vigor.

Entonces, se observa una diferencia en cuanto al criterio establecido para la subsanación, ya que el artículo 7.1.5 de los Principios UNIDROIT trata de un criterio subjetivo del comprador, es decir, el comprador tiene la opción de dar o no al vendedor la posibilidad de solucionar el incumplimiento dándole un plazo adicional, siendo pues, el comprador que debe comunicar al vendedor su decisión de conceder tal plazo adicional para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones. La CISG trata de un criterio objetivo, porque da la posibilidad del propio vendedor de rectificar su

⁶³⁵ Artículo 48 de la CISG

- 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.
- 2) Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.
- 3) Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente.
- 4) La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2) o al párrafo 3) de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.

⁶³⁶ Artículo 7.1.5 de los Principios UNIDROIT- Período suplementario para el cumplimiento:

- (1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.
- (2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquier uno de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.
- (3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.
- (4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

incumplimiento, por supuesto solo en los casos en que el vendedor se dé cuenta de su error. En este caso, es el propio vendedor quien comunica al comprador su voluntad de sanear el incumplimiento.

Otra diferencia que podemos citar es la destacada por la profesora JOSEP MARÍA BECH ⁶³⁷, que hace referenciaa cuándo es exigible el cumplimiento de las obligaciones. A partir de un planteamiento similar al artículo 46 de la CISG, el artículo 7.2.2 de los Principios UNIDROIT establece el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias como regla general y, a continuación, contempla unas excepciones ue la restringen considerablemente, mientras que el Art. 7.2.3 aplica los principios generales de los artículos 7.2.1 (obligaciones pecuniarias) y 7.2.2. (obligaciones no pecuniarias) al cumplimiento defectuoso. La mayoría de las excepciones resultan fácilmente aplicables a las distintas vías existentes para remediar la falta de conformidad con el contrato, aun así, los Principios UNIDROIT se apartan del artículo 46 CISG en la medida ue realizan un tratamiento unitario de la reparación y sustitución como formas de la acción de cumplimiento de las obligaciones. Al respecto, el artículo 7.2.3 de los Principios UNIDROIT contempla el derecho al cumplimiento aplicable a todas las obligaciones sin distinguir ahora entre los presupuestos de la reparación y la sustitución, como sí los costes económicos inherentes a su ejercicio fueran los mismos en ambos casos.

Y para concluir, otra diferencia es que los Principios UNIDROIT no hace alusión en cuanto a los supuestos de cumplimiento no conforme referentes a calidad, al tipo o la forma de la mercadería, ya el artículo 35 de la CISG es más minucioso al establecer los tipos de incumplimiento. Lo que hemos podido observar, en esta breve explicación es que los Principios UNIDROIT no estan en contradiccion, sino en sintonia, con la CISG sin alcanzar el grado de detalle de la convencion.

⁶³⁷ BECH SERRAT, JOSEP MARÍA. «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias». *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, N.º 1, enero de 2010. http://www.indret.com/pdf/697_es.pdf.

2. EL MARCO COMÚN EUROPEO DE REFERENCIA PARA EL DERECHO CONTRACTUAL

Por otro lado, disponemos del Marco Común Europeo de Referencia para el Derecho Contractual, a continuación DCFR, en él encontramos también la obligación de entregar las mercaderías conforme al contrato de compraventa celebrado entre las partes en el contenido de los artículos IV.A.-2:301 (*Conformidad con el contrato*)⁶³⁸, 2:302 (*Adecuación al uso, calidad y embalaje*), 2:305 (*Régimen de los derechos y pretensiones en general de terceros*), 2:306 (*Derechos o pretensiones de terceros basados en la propiedad industrial o intelectual*). Tal obligación es la gran novedad que el DCFR pretende introducir en la regulación de dicha modalidad contractual existente en los ordenamientos jurídicos europeos, siguiendo la CISG⁶³⁹.

Sin embargo, en el capítulo 5 del DCFR, donde se hace referencia a las relaciones jurídicas de distribución, los redactores no hacen alusión alguna a la obligación de entregar las mercaderías conforme con lo pactado, por lo cual tales reglas resultan escasas. Lo que tal ausencia nos hace interpretar, que en caso de incumplimiento se aplicarían las normas del capítulo 1, del libro IV, parte A que se dedica a la regulación de los contrato de compraventa. De todos modos, el DCFR se armonizan con los textos internacionales y europeos que tratan sobre el tema.

En el DCFR los remedios en caso de incumplimiento se regulan en el Capítulo 3, Libro III, dedicando toda una sección del capítulo relativo a los remedios frente al incumplimiento a regular la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme. Ya en concepto de incumplimiento que adopta es unitario y neutro, pero

⁶³⁸ Si bien los grandes lineamientos derivan de la CISG, luego las soluciones específicas no siempre son acordes con la Convención por el diferente ámbito aplicativo: contratos con consumidores.

⁶³⁹ CORRAL GARCÍA, EDUARDO, *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), Tomo II, Atelier, Barcelona, 2012, p. 828; Vid. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL,

z *obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo*», en Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España (director: K. J. Albiez Dohrmann), Atelier, Barcelona 2011, pp. 400 – 422.

en el Libro III, capítulo 3, se articula remedios cuya aplicación requiere requisitos adicionales al básico de incumplimiento⁶⁴⁰.

3. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Ya en el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución⁶⁴¹, trata de la falta de conformidad en el artículo 15: «

los plaz

cuando la falta de conformidad alegada por el consumidor sea debida a un defecto imputable al proveedor fabricante del bien o servicio». Como podemos observar, se hace referencia sobre el tema de falta de conformidad, pero en términos generales. Falta una regulación más detallada sobre la conformidad de las mercaderías, donde debería haber sido realizada una normatización exhaustiva sobre el tema, ya que se trataba de regular específicamente los contratos de distribución.

4. LOS PRINCIPIOS EUROPEO DE DERECHO DE CONTRATO

Por otro lado, los Principios Europeos de Derecho de Contrato su sistema de responsabilidad contractual está inspirado directamente con el de la CISG e idéntica a los Principios UNIDROIT⁶⁴², habiendo poco más que añadir⁶⁴³.

⁶⁴⁰ GÓMEZ CALLE, ESTHER, «*Los remedios ante el incumplimiento*»
Z

», ADC, tomo LXV, 2012, fasc. I, pp. 29-102.

⁶⁴¹ CRUZ RIVERO, DIEGO,

. En:

ro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1262-1288.

⁶⁴² El artículo 8.101 (1) está directamente relacionado con el artículo 1.301 (4), y dicho artículo es copia del artículo 7.1.5 de los Principios UNIDROIT.

⁶⁴³ Vid. ESPINA, DANIEL, «El carácter mercantil de la unificación internacional del derecho comercial. Principios Unidroit y Principios de Derecho Contractual Europeo», en MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, FERRER VANRELL, ANSELMO MARTÍNEZ CAÑELLAS, *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contrato Comercial Internacional*, Dykinson, Madrid, 2009.

Sin embargo, los Principios Europeos de Derecho de Contrato no tratan expresamente de la conformidad de las mercaderías. Veámos el artículo 1:301 (4): *«Incumplimiento significa cualquier inumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusabel como si no lo es, e incluye el cumplimiento de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato»*. En este artículo observamos el alcance de la expresión *conformidad*, ya que puede emplearse confundiéndola con la noción amplia de incumplimiento, que según dicho artículo, incumplimiento significa el hecho de dejar de cumplir cualquier obligación nacida del contrato, se beneficie o no de exoneración, e incluye el cumplimiento tardío, el cumplimiento defectuoso y la falta de cooperación para que el contrato produzca plenos efectos⁶⁴⁴.

Aunque echamos de menos en los Principios Europeos de Derecho de Contrato una regulación más detallada sobre la conformidad de las mercaderías, entendemos que los Principios están cumpliendo con su propósito que es la tentativa de unificación del concepto de incumplimiento, con la consiguiente equiparación jurídica de todas las manifestación que pueda tener el mismo. Conforme a los Principios Europeos de Derecho de Contrato el incumplimiento consiste en la no ejecución de cualquier obligación derivada del contrato⁶⁴⁵.

Se observa que este artículo sigue la finalidad de los Principios Europeos de Derecho de Contrato, que es determinar el sentido y valor jurídico de las palabras en las que plasma la intención de los contratantes y que componen la redacción de un negocio jurídico. Se trata de la definición más importante del artículo 1:301. Los Principios define incumplimiento en términos generales, cubriendo cualquier desarmonía entre el cumplimiento esperado y el efectivado. Así, el artículo abarca tanto el cumplimiento total, como el cumplimiento defectuoso y el cumplimiento retrasado⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Vid. MAZA GAZMURI, IÑIGO, «La falta de conformidad de la cosa vendida: adecuación material», *Revista de Dercho (Vldivia)*, Chile, Vol. 28, N.º 1, 2015.

⁶⁴⁵ DíEZ-PICAZO, LUIS, ROCA TRIAS, MARÍA ENCARNACIÓN, A. M. MORALES,, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 317 – 331.

⁶⁴⁶ DíEZ-PICAZO, LUIS, ROCA TRIAS, MARÍA ENCARNACIÓN, A. M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 162. El auto señala que en la técnica de los PECL, la

III. FALTA DE CONFORMIDAD EN LA CISG

La falta de conformidad de las mercaderías es uno de los temas que mayor atención ha recibido en la CISG, debido a su importancia para una buena ejecución de los contratos, se dedicó un buen número de artículos a su regulación, siendo más de 10 artículos vinculados directamente al tema y, además, la CISG tuvo la preocupación de dividir la falta de conformidad en dos grupos: la conformidad material y la conformidad jurídica. La doctrina considera que el artículo 30 de la CISG indica los parámetros generales tanto de la conformidad material como la conformidad jurídica, apuntando aspectos generales de la obligación del vendedor de entregar las mercaderías, transmitir su propiedad, entregar cualquier documento relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la CISG y que las mercaderías no estén sujetas a derechos ni pretensiones de terceros⁶⁴⁷. Sin duda, la CISG entre todas las normativas internacionales y europeas, es la máxima referencia de la regulación de la falta de conformidad.

Ya el artículo 35 de la CISG especifica con más detalle los supuestos que vulneran la obligación de entregar la mercadería conforme (conformidad material), dando primero prioridad a lo establecido en el contrato y a continuación establece

idea de no-cumplimiento es una idea objetiva que se define solamente a través de esa objetiva desarmonía entre el programa de prestación y la realidad posterior. Es, por consiguiente, independiente por completo de cualesquiera que hubieran sido las causas determinantes. El no-incumplimiento existe lo mismo si ha sido voluntario, que si ha sido debido a negligencia o que si ha sido fortuito; VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ, «La interpretación de los contratos a partir de los Principios Contractuales Europeos», En: *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2003, pp. 245 – 260.

⁶⁴⁷ TOBAR RODRÍGUEZ, JAVIER ANTONIO, *Compraventa internacional de mercaderías y la propiedad intelectual e industrial*, La Ley, 2014, p. 169; BECH SERRAT, JOSEP MARÍA. «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias». *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, N.º 1, enero de 2010. http://www.indret.com/pdf/697_es.pdf. Aun ue el Convenio de Viena podía haber establecido unas medidas de saneamiento o garantías para proteger al comprador sin considerar como incumplimiento la entrega de una cosa con defectos, distintas razones llevaron a los redactores a adoptar el actual régimen de responsabilidad. Además del precedente de la LUVI anexa al Convenio concluido en la Conferencia de La Haya en 1964, se ha se alado ue el CISG adoptó una solución adecuada a las necesidades del comercio internacional y, a su vez, obedeció al importante propósito de evitar la difícil distinción entre entrega de cosa distinta a la pactada (*aliud pro alio*) y defectos o falta de calidad (art. 35).

normas supletivas para los casos en los cuales las partes nada han dicho al respecto, siendo pues una complementación del artículo 30 de la CISG⁶⁴⁸.

En los artículos 38, 39, 40, 41 y 43 encontramos las normas relacionadas con los deberes del comprador, pero hablamos del deber del comprador dentro del ámbito de la obligación de entregar las mercaderías conformes. Como por ejemplo, la obligación de examinar las mercaderías y el deber de notificar la falta de conformidad. Aparte, la CISG dispone de los artículos 37, 38, 44, 45, 46, 49, 50 y 51 donde encontramos las normas sobre los remedios que están a disposición tanto del vendedor, como del comprador, ante la falta de conformidad de las mercaderías⁶⁴⁹.

Como ya hemos anticipado en el inicio de este ítem, la CISG examina la falta de conformidad de las mercaderías desde una doble óptica: una es la falta de conformidad material, establecida por el artículo 35⁶⁵⁰ y la otra es la falta de conformidad jurídica que cubre los defectos en el título o los reclamos de terceros basados en la propiedad industrial o intelectual, establecidos por los artículos 41 y 42 de la CISG. Abarcando así una mayor previsión de posibilidades de incumplimiento en el contrato y detallando a la vez, separando la distinción entre conformidad de las mercaderías en relación a la cantidad, por ejemplo, y la obligación de cumplir también con la responsabilidad por defecto en el título⁶⁵¹. Y consecuentemente

⁶⁴⁸ Artículo 30 de la CISG: El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

⁶⁴⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO, «La conformidad material de las mercaderías en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional: estado actual de la materia», *Revista e-Mercatoria (Revista del Departamento de Derecho Comercial*, Vol. 9, Número 1, Colombia, 2000, p. 6. Según el autor, la regulación de la falta de conformidad de las mercaderías no sólo es relevante por sus efectos en el comercio internacional, sino también porque se ha convertido en un modelo para la elaboración de normas locales. Así, por ejemplo, el artículo 35 de la sirvió como modelo para la elaboración de las normas de conformidad en la ley de ventas de mercaderías finlandesa, del artículo 2º de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo de 25 de mayo de 1999, y en algunas medidas del nuevo artículo 434 del BGB en Alemania.

⁶⁵⁰ BOUCARD, HÉLÈNE, «La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de marzo de 2008, pp. 1 – 29. Disponible en <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/13.pdf>.

⁶⁵¹ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Tomo II, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 1038 y ss. Apunta que «Aunque la distinción entre defectos en calidad y defectos en el título es sólo de importancia limitada con respecto a las acciones disponibles, se vuelve de particular importancia con respecto a la exclusión de responsabilidad a causa del conocimiento de la falta de conformidad por el comprador». BARRERA TAPIAS, CARLOS DARÍO, «Obligaciones de las Partes en el Contrato de Venta

cabiendo la posibilidad de reclamar los dos tipos de falta de conformidad en caso de incumplimiento por parte del vendedor.

Referente al concepto adoptado por la CISG sobre la falta de conformidad, comparando con otras normativas que trata del tema, que hemos visto anteriormente, podemos decir que la CISG adoptó un concepto amplio de la conformidad de las mercaderías. Eso se debe porque la Convención tenía la intención de incluir cualquier tipo de defecto de las mercaderías ofreciendo así un amplio abanico de regulación sobre la materia.

Además, y muy importante, en cuanto a la elección de la terminología conformidad, como en todo en la CISG, fue un tema muy debatido, ya que en la ley nacional de muchos países el ámbito de las obligaciones del vendedor es todavía un tema de mucha divergencia. Y como la CISG tiene como objetivo disminuir las incertidumbres de las normas nacionales sobre los defectos garantizados y ofrecer un derecho uniforme sobre la conformidad de las mercaderías, optó por adoptar un concepto amplio, práctico y claro, que generara el mínimo de dudas posibles⁶⁵².

1. FALTA DE CONFORMIDAD MATERIAL

La CISG trata sobre la falta de conformidad material en el artículo 35, que establece que el vendedor debe cumplir con la obligación de entregar las mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan con el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en él. Sin embargo, la CISG no para ahí, contemplando dos situaciones más para los casos de falta de conformidad: una es cuando hay

Internacional de Mercaderías», en, LARROUMET, CRISTIAN; ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS; ARAÚJO SEGOVIA, RAMIRO, *Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003, pp. 487 – 501.

⁶⁵² BOUCARD, HÉLÈNE, «La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de marzo de 2008, pp. 1 – 29. Disponible en <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/13.pdf>. Los Derechos continentales se caracterizan por el desorden de los recursos del comprador insatisfecho, girando éstos, especialmente, entre la acción en garantía por los vicios ocultos y la acción por no conformidad con el contrato. Es la cuestión diabólica de las fronteras entre la alteración y la alteridad de la cosa, entre la presencia de un vicio patológico y la ausencia de una cualidad prometida.

contrato, pero las partes no establecen las obligaciones sobre cantidad, calidad, tipo, etc., de las mercaderías. Y la segunda situación es cuando no hay contrato y tampoco las partes tratarán de otra forma las características específicas de las mercaderías. Para estos casos, la CISG previó la solución en el artículo 35.2 b). Tal artículo establece que las mercaderías deben respetar un umbral mínimo de conformidad, es decir, el vendedor debe entregar las mercaderías aptas para los usos a las que ordinariamente se destinen las mercaderías del mismo tipo.

En condiciones normales, los contratos se regulan con base a los términos y condiciones pactados expresamente, sin embargo, en la hipótesis que las partes apliquen la CISG, se llevaría en consideración no sólo las condiciones establecidas en el contrato, sino también las reglas de la CISG. Y para un mejor funcionamiento del contrato, resulta esencial formalizar expresamente el contrato por escrito, así las partes pueden pormenorizar las obligaciones y en caso de incumplimiento será más «simple» delimitarlas.

En este sentido, las mercaderías entregadas por el vendedor cumplen con la conformidad material cuando satisfacen los requisitos establecidos en el contrato y/o con los requisitos establecidos en la CISG⁶⁵³. Cuando se habla *que las mercaderías deben ser entregadas* conforme a lo pactado, no quiere decir que la falta de conformidad de las mercaderías tenga efectos en la entrega, sino que tal falta de conformidad da origen a las acciones para el comprador bajo el artículo 45 de la CISG, y el derecho de reclamación sólo nace cuando se concreta la entrega de las mercaderías. En general, el hecho que el vendedor no entregue las mercaderías u e estén conformes con las condiciones tanto del contrato, como las establecidas en el artículo 35 de la CISG, constituye un incumplimiento de sus obligaciones⁶⁵⁴.

⁶⁵³ Vid. LARROUMET, CHISTIAN, «Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, sanciones del incumplimiento de las partes, interpretación del Convenio de Viena», LARROUMET, CHISTIAN; ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS; ARAÚJO SEGOVIA, RAMIRO, *Compraventa Internacional de Mercaderías Comentario a la Convención de Viena de 1980*, Pontificia Universidad javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003.

⁶⁵⁴ Aunque en el caso número 251, número de la CLOUT 25, an delsgericht des an tons rich, Suiza, 30 de noviembre de 1998, se dictaminó que la falta de conformidad de las mercaderías con lo estipulado en el contrato no es incumplimiento si estas son iguales en valor y utilidad a mercaderías conformes.

Por tales efectos, la jurisprudencia ha afirmado que la CISG propone una solución exclusiva para los casos de falta de conformidad de las mercaderías en los contratos de compraventa internacional, pues aplicando la ley uniforme se evita, de este modo, que se apliquen las leyes nacionales en los casos de demanda por incumplimiento del contrato⁶⁵⁵. Además, con la aplicación de las normas de la CISG, referentes a la falta de conformidad, se consagra el principio de la conservación del contrato, ya que se evita la aplicación de las normas de derecho interno que tiene predisposición para invalidar el contrato cuando se verifica el incumplimiento de la obligación, como por ejemplo, errores relativos a la cantidad de las mercaderías.

Eso no quiere decir que para la CISG el incumplimiento por falta de conformidad de las mercaderías jamás llegue a ser considerado como motivo de resolución del contrato, porque sí puede ser considerado como tal, es decir, para la CISG un incumplimiento por falta de conformidad puede llegar a ser considerado como un incumplimiento esencial, cuando cause al comprador un perjuicio tal que prive sustancialmente lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato (artículo 25 de la CISG), lo que por supuesto justificaría la resolución del contrato por la parte perjudicada, de acuerdo con el artículo 49.1 de la CISG⁶⁵⁶. No obstante, para la CISG no se trata de una primera opción, ya que la Convención fomenta la conservación del contrato y no su resolución.

⁶⁵⁵ Sentencia del Tribunal Rechtbank van Koophandel Hasselt, Corte Comercial, en Bélgica, el 19 de abril de 2006: “In international sales, a lack of conformity of the goods can be sanctioned on different grounds. The buyer can file a claim for nullity based on error or mistake, or a claim based on tort for the violation of the seller of its pre-contractual duty of information, or a claim to avoid the contract, or a contractual claim for breach of the duty of delivery, or the actio redhibitoria or estimatoria provided by Art. 1644 Civil Code. The CISG only provides one remedy for the buyer in case of non-conformity of the delivered goods”. CNUDMI - Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

⁶⁵⁶ Número del caso 999, número de la CLOUT 100, Tribunal de Arbitraje Ad Hoc, Dinamarca, 10 de noviembre de 2000. Después de examinar los testimonios de los peritos, el Tribunal llegó a la conclusión de que la máquina y el molde entregados no eran conformes a lo pactado en el contrato, ya que no se podían fabricar productos de conformidad con lo estipulado en este, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.1 de la CISG, y no eran aptos para los usos a que habitualmente se destinaban, ni para el uso especial que le iba a dar el comprador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.2 a) y b) de la CISG. Además, habida cuenta de que el vendedor no había reparado la máquina en un plazo razonable, como habría podido hacer modificando el molde, este había incumplido su obligación de efectuar las reparaciones pertinentes, tanto en virtud de las condiciones de entrega uniformes de los países nórdicos como del artículo 46.3 de la CISG. Así pues, el vendedor había incurrido en un incumplimiento esencial de sus obligaciones, tanto en virtud de las condiciones de entrega uniformes de los países nórdicos como de la CISG, y de esa manera había habilitado al comprador a declarar resuelto el contrato en virtud de los artículos 25 y 49.1 a) de la CISG.

En el marco de las observaciones anteriores, la definición de falta de conformidad de las mercaderías para la CISG puede ser vista tanto desde un punto de vista objetivo, como un punto de vista subjetivo. Desde un punto de vista subjetivo, el distribuidor considera que la mercadería entregada está conforme cuando él está satisfecho con las condiciones de la misma. Ya desde un punto de vista objetivo, la mercadería está conforme cuando se entregan las mercaderías cumpliendo con los requisitos que previamente fueron solicitados.

Sin embargo, si no hay contrato o cualquier tipo de escrito donde las partes especifiquen detalladamente las mercaderías, se utilizará como parámetro para la caracterización de la conformidad objetiva otra mercadería del mismo tipo, puesto que, la conformidad objetiva implica que una cosa está acorde con otra tomada en comparación. Se trata de un punto muy importante para los contratos de distribución, ya que no es poco frecuente que las partes no establezcan contrato por escrito, lo que en este sentido, la CISG ofrece seguridad a los contratantes que no se toma como parámetro una mercadería distinta de la que es objeto del contrato.

Sea desde el punto de vista objetivo o subjetivo, la falta de conformidad, en efecto, significa la frustración de lo pactado entre las partes, ya que la mercadería que fue entregada no se corresponde con lo establecido entre las partes, y si no hubo pacto entre las partes, las características de las mercaderías no atendieron las expectativas del comprador⁶⁵⁷.

De los anteriores planteamientos se deduce, que la obligación genérica de entregar las mercaderías conforme en los contratos de compraventa internacional establecida por la CISG, no es diferente a la que se sucede en los contratos de distribución, ya que en los contratos de distribución se verifican los mismos *modus operandi*: el fabricante tiene la misma obligación de entregar las mercaderías cuya

⁶⁵⁷ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «Comentario artículo 35», en Díez Picazo, Luis (dir), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Cizúr Menor, Navarra, 1997, p. 295; IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL, *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 53 y ss; Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO, «La conformidad material de las mercaderías en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional: estado actual de la materia», *Revista e-Mercatoria (Revista del Departamento de Derecho Comercial*, Vol. 9, Número 1, Colombia, 2000, p. 8.

cantidad, calidad y tipo correspondan a lo estipulado en el contrato y que también estén envasados o embalados conforme a lo establecido entre las partes.

Lo único que se diferencia entre estos dos contratos es la periodicidad de las entregas de las mercaderías, una vez que en el contrato de compraventa la entrega es única, ya el contrato de distribución se observa una frecuencia constante de entregas, pero por supuesto, que la frecuencia de las entregas ni elimina la obligación de entregar las mercaderías conforme a lo establecido en el contrato, ni tampoco descartar expresamente la aplicación de la CISG, al menos que la exclusión de la aplicación de la CISG sea realizada expresamente por las partes. Todo lo contrario, cuanto mayor es frecuencia de entrega de las mercaderías, mayor es la exigencia de observancia de las normas, por parte de ambos contratantes, y además se requiere un respaldo mayor de las normas sobre el tema.

2. FALTA DE CONFORMIDAD JURÍDICA

Salvo disposición expresa en contrario, la CISG no se aplica «a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas que se dan fuera del alcance de la Convención»⁶⁵⁸. No obstante, la CISG nos guarda una grata sorpresa ofreciendo una regulación completa de la falta de conformidad jurídica, es decir, establece que el vendedor no sólo tiene la obligación de entregar las mercaderías según su conformidad material, sino también libres de derechos y pretensiones de terceros, es lo que la doctrina denomina conformidad jurídica⁶⁵⁹. Según TOBAR RODRÍGUEZ para que la entrega de las mercaderías sean conforme jurídicamente deben responder a cánones de regularidad jurídica en consonancia con

⁶⁵⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS; ESPLUGUES MOTA, JOSÉ CARLOS (coord.), *Derecho del Comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 311 y ss.

⁶⁵⁹ TOBAR RODRÍGUEZ, JAVIER ANTONIO, *Compraventa internacional de mercaderías y la propiedad intelectual e industrial*, La Ley, 2014, p. 144. El concepto de conformidad jurídica de las mercaderías, artículo 42 de la CISG, equivale a que el vendedor debe entregar los documentos relativos a la propiedad industrial e intelectual conligada con la mercadería objeto de la transacción, todo conforme al contrato.

derechos de terceros, para que estos no sean un obstáculo a los derechos del comprador⁶⁶⁰.

En la CISG la conformidad jurídica está prevista en los artículos 41⁶⁶¹ y 42⁶⁶² y consiste en la obligación del vendedor de tomar todas las medidas para que las mercaderías que lleguen al comprador no estén sujetas a derechos ni pretensiones de terceros⁶⁶³. Ya que, en caso de que las mercaderías estén sujetas a derechos o pretensiones de terceros, el comprador no podrá disfrutar de la posesión y propiedad de tales mercaderías, consecuentemente no podrá dar a la mercadería la finalidad establecida, configurando así la falta de conformidad jurídica (artículo 41). Y por consiguiente, el vendedor estará incumpliendo sus deberes con arreglo a la CISG.

Sobre este tema, se observa que de 1980, que fue el año que la CISG salió a luz, a los días actuales, las exigencias de conformidad jurídica han aumentado considerablemente. Pareciera que los redactores de la CISG se adelantaran a la época

⁶⁶⁰TOBAR RODRÍGUEZ, JAVIER ANTONIO, *Compraventa internacional de mercaderías y la propiedad intelectual e industrial*, La Ley, 2014, pp. 207 y ss.

⁶⁶¹ Artículo 41 de la CISG: El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualquiera derechos de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el Artículo 42.

⁶⁶² Artículo 42 de la CISG: 1) El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:

a) en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieran previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o

b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.

2) La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:

a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.

⁶⁶³ La protección establecida en el artículo 41 contra «cualesquiera ... pretensiones de un tercero» se ha interpretado «de acuerdo con su significado y finalidad ... como una forma de proteger al comprador desde el mismo comienzo de tener que hacer frente a demandas de terceros relativas a los artículos comprados, cuya justificación el comprador no puede comprobar de inmediato, a un punto que es discutible si ello se aplica también a demandas sacadas de la nada». Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

cuando establecieron las normas que regulaban la interrelación de las mercaderías y los derechos de propiedad intelectual porque fue todo un acierto⁶⁶⁴.

Los derechos y pretensiones de terceros que el artículo 41 de la CISG se basan es en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual. Ya la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42 de la CISG. Entonces, para que el vendedor responda por incumplimiento de la obligación de entregar mercaderías libres de derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad intelectual, debe reunir tres condiciones importantes:

Primera, según el artículo 42 de la CISG el vendedor solo es responsable en los casos en que, «en el momento de la celebración del contrato, el vendedor conociera o no hubiera podido ignorar» la existencia de derecho o la pretensión de tercero. Segundo, el vendedor sólo es responsable si el derecho o la pretensión de un tercero se basan en la ley del Estado designado en que haya de revenderse o utilizarse las mercaderías o en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento. Y por fin, la tercera condición está basada en el conocimiento del comprador o la imposibilidad de ignorar el conocimiento de la existencia del derecho o pretensión, en el momento de la celebración del contrato.

Por otro lado, por regla general de la CISG, la conformidad jurídica también abarca la responsabilidad del vendedor de cumplir con los estándares de derecho público del país de destino⁶⁶⁵. Sin embargo, entendemos que cada caso debe ser estudiado separadamente porque principalmente en los contratos de distribución internacional, opinamos que para que el vendedor cumpla con la obligación de entregar las mercaderías conformes también debe existir la colaboración de informar por parte del distribuidor.

Es decir, entendemos que la obligación de cumplir con las normas de derecho público del país de destino es de responsabilidad del vendedor, pero es de

⁶⁶⁴ TOBAR RODRÍGUEZ, JAVIER ANTONIO, *Compraventa internacional de mercaderías y la propiedad intelectual e industrial*, La Ley, 2014, p. 77.

⁶⁶⁵ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «A CISG e os Contratos Internacionais de Distribuição». En *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: Desafios e Perspectivas*. Directores: Sílvio de Salvo Venosa, Rafael Villar Gagliardi e Eduardo Ono Terashima. Editorial Atlas, São Paulo, 2015, pp. 80-101.

responsabilidad del comprador colaborar con el vendedor facilitándole todas las informaciones necesarias para el correcto cumplimiento de las normas del país de origen, ya que el comprador, por situación geográfica tiene más posibilidad de acceso a la información sobre todas las reglas que se debe respetar. Una vez que hubo esa cooperación entre comprador y vendedor, cabe al vendedor la obligación de cumplir con todas las directrices dado por el comprador, tanto las normas para la entrada de las mercaderías en el país de destino, como los criterios establecidos por ley para la autorización de la venta en el país de destino.

Este fue el entendimiento de los jueces en la sentencia del Tribunal Supremo de Alemania, Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995. En el caso, el comprador alemán reclamó que los mejillones entregados contenían una alta concentración de cadmio, que estaba por encima del límite recomendado por las autoridades sanitarias alemanas y por ello habían incumplido el contrato. El Tribunal entendió que «a un vendedor extranjero no se le puede exigir simplemente que conozca las disposiciones jurídicas ni las prácticas administrativas difícilmente determinables del país al cual exporta, y (...) el comprador, por lo tanto, no puede confiar racionalmente en tal conocimiento del vendedor, sino que cabe suponer que el comprador tiene ese conocimiento práctico de las condiciones de su propio país o del lugar de destino escogido por él, y en consecuencia cabe esperar que informe de ello al vendedor». Por otra parte, el Tribunal Supremo sostuvo que, según los apartados a) y b) del párrafo 2) del artículo 35 de la CISG, el vendedor no está obligado a suministrar artículos que se ajusten a todas las normas reglamentarias o públicas en vigor en el Estado importador, a menos que existan las mismas normas en el Estado exportador también, o que el comprador haya informado al vendedor de esas normas confiando en la experiencia y los conocimientos del vendedor o que el vendedor tenga conocimiento de esas normas por circunstancias especiales⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ Véanse las sentencias siguientes donde se aplicó el mismo criterio utilizado en el caso número 123, número de la CLOUT 9, sentencia del Tribunal Supremo Alemania, 8 de marzo de 1995: Número del caso 752, número de la CLOUT 71, Oberster Gerichtshof, Austria, 25 de enero de 2006.

responsabilidad; Sentencia de la High Court of New Zealand, Nueva Zelanda, 30 de julio de 2010, que puede consultarse en la dirección de Internet cisg.law.pace.edu/cases/100730n6.html; Rechtban Rotterdam, Países Bajos, 15 de octubre de 2008; Oberster Gerichtshof, Austria, 19 de abril de 2007, que se puede consultar cisg.law.pace.edu/cases/070419a3.html; Cour d'appel de Versailles, Francia, 13 de

IV. LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Si comparamos la obligación de entregar las mercaderías conformes en los contratos de distribución nacional con la obligación de entregar las mercaderías conforme en el contrato de distribución internacional, la obligación de cumplir con la conformidad resultará aun más marcante en el contrato de distribución internacional. Eso se debe en términos generales a dos motivos: uno es la entrada de las mercaderías en otro país distinto del país donde se fabricó, que por sí ya requiere la observancia y cumplimiento de las normas del país de destino. El segundo motivo, se explica a través de la gran finalidad del contrato de distribución internacional que es la reventa de las mercaderías compradas al fabricante, donde tales mercaderías pasan por un «control» de calidad muy estricto, ya que llega a pasar por la criba de dos o hasta tres interesados; uno es el distribuidor, el segundo un mayorista (en los casos que el distribuidor vende a un mayorista) y por último el consumidor final. Todos los participantes de esta cadena están interesados en que el contrato de distribución funcione, y para esto es fundamental que las mercaderías sean conformes a lo pactado y cumplan con todas las expectativas generadas en la formación del contrato.

Añadiendo al control estricto, tales mercaderías tiene como destino final otro país distinto de aquel donde fue fabricado, siendo pues, obligatorio la adecuación del producto y embalaje para la venta a un público distinto, en tal sentido, las reglas deben ser observadas y cumplidas en todos los requisitos y exigencias establecidas por las autoridades de aquel país. Se trata pues, de una situación donde se incrementa las posibilidades de falta de conformidad, ya que la cadena receptora de las mercaderías se incrementan.

En este sentido podemos observar dos situaciones, una es que para los contratos de distribución la reventa de las mercaderías es acción natural para el desarrollo del negocio de distribución, y por otro lado, en la CISG se observa una atracción para reventa, ya que en condiciones normales de contrato de compraventa internacional, el empresario que adquiere las mercaderías difícilmente es el

octubre de 2005, se puede consultar cisgw3.law.pace.edu/cases/051013f1.html; Número del caso 774, número de la CLOUT 74, Bundesgerichtshof, Alemania, 2 de marzo de 2005.

consumidor final y en tal sentido, corroborando con nuestra tesis, la CISG excluye de su aplicación las mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico bajo su ámbito de aplicación – artículo 2 a) de la CISG – por lo que consecuentemente se puede interpretar que la reventa es condición natural en el tipo de contratos regulados por la CISG a lo que específicamente se añade en los contratos de distribución el pacto esencial dirigido a la comercialización en el mercado de referencia⁶⁶⁷. Con lo cual, en la imposibilidad del distribuidor de revender las mercaderías, del contrato de distribución, porque éstas no cumplen con los requisitos de conformidad del país de destino, el distribuidor puede hacer uso de las herramientas que la CISG pone a disposición del perjudicado, para exigir el cumplimiento de la obligación de entregar las mercaderías conforme a lo pactado.

Después de las consideraciones anteriores, resulta más que justificado que los contratos de distribución internacional necesitan de una norma uniforme y que ofrezca estabilidad jurídica a las partes, y la CISG está preparada para cumplir ese papel, ya que se trata de normas uniformes en las que se tiene en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos, que contribuyen a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería aún más el desarrollo del comercio internacional⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, «A CISG e os Contratos Internacionais de Distribuição». En *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: Desafios e Perspectivas*. Directores: Sílvio de Salvo Venosa, Rafael Villar Gagliardi e Eduardo Ono Terashima. Editorial Atlas, São Paulo, 2015, pp. 80-101.

⁶⁶⁸ ECHEVARRÍA SÁENZ, JOSEBA AITOR, «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, p. 23 – 25. «Una ley general o leyes sectorial? Al respecto señalaría que, en efecto, y por ejemplo, una norma que entrara a regular aspectos de detalle como la entrega de la mercancía del producto fresco en el sector de la alimentación, podría introducir criterios normativos absolutamente incompatibles con lo que acontece con la entrega de las mercaderías en el sector de la automoción. (...) Pero obviamente si se piensa en una ley de enunciados y principios generales y que regule las funciones distributivas, no existe el problema apuntado». «A mi juicio una ley de distribución flexible necesita unos principios rectores con valores normativo que orienten su interpretación, puedan contemplar sus ausencias y orienten al concepto de principios «rectores» o «directores» (...)».

1. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN

La CISG abre la posibilidad de ser aplicada a otros tipos contractuales, que no sean estrictamente para la compraventa internacional de mercadería. Observando así, que la CISG extiende su aplicación a contratos de larga duración, donde se percibe una relación de colaboración muy marcada entre comprador y vendedor. Y a través de la relación de cooperación, se extraen obligaciones distintas de las observadas en los contratos simples de compraventa internacional, como por ejemplo el pacto de exclusiva⁶⁶⁹.

El principio de cooperación puede considerarse un principio general de la *lex mercatoria*, dada su frecuente aplicación en la jurisprudencia arbitral y, sobre todo, de su presencia en los instrumentos de Derecho uniforme. Su aplicación se observa tanto en los contratos de compraventa, como también en los contratos complejos, como por ejemplo el contrato de distribución, ya que la larga duración del contrato exige el cumplimiento de obligaciones no previstas en el contrato, pero que su cumplimiento es fundamental para el perfecta ejecución del mismo⁶⁷⁰.

En este sentido, esta idea toma como premisa que el contrato no es una mera convención de sujetos individualistas, cuyo único interés es la ejecución de sus obligaciones sin atención a las situaciones particulares de la contraparte⁶⁷¹. Se trata pues, de una forma moderna de ver las relaciones contractuales entre las partes, en la que ellas deben colaborar con los deberes recíprocos, especialmente con los que no están plasmados en el contrato pero que son fundamentales para el buen

⁶⁶⁹ Vid. RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012.

⁶⁷⁰ KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *General Provisions*. Comentado por PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, artículo 7, C.H.Beck·Hart·Nomos, Múnich, 2011, pp. 111 – 141, principalmente p. 122.

⁶⁷¹ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETIT LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGUO SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244; TOBAR RODRÍGUEZ, JAVIER ANTONIO, *Compraventa internacional de mercaderías y la propiedad intelectual e industrial*, La Ley, 2014, p. 319; DE LA ROSA, GLORIA ESTEBAN, «El principio de cooperación en la contratación», en SANCHEZ LORENZO, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Navarra, Civitas y Thomson Reuters, 2009, pp. 410 y ss.

funcionamiento del mismo, ya que el contrato debe ser visto como un proyecto común para cuyo buen fin ambas partes deben cooperar⁶⁷².

Decimos que el principio de cooperación es una forma madura de afrontar a las relaciones comerciales porque la conducta cooperativa no es directamente exigible, pero la falta de cooperación en los casos en que sea necesario determinar para el contratante que no tuvo el comportamiento de la conducta razonablemente esperada, éste tendrá ciertamente desventajas jurídicas⁶⁷³.

2. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN APLICADO AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD

Ya llegando al final de este trabajo, no cuesta recordar que el artículo 3 de la CISG⁶⁷⁴ no prevé la aplicación de la Convención únicamente al contrato simple de compraventa, es decir, sólo intercambio de mercaderías por el pago de un precio, sino que también prevé su aplicación a los contratos de larga duración, que además de la compraventa existe una relación de cooperación entre vendedor y comprador⁶⁷⁵.

⁶⁷² TOBAR RODRÍGUEZ, JAVIER ANTONIO, *Compraventa internacional de mercaderías y la propiedad intelectual e industrial*, La Ley, 2014, p. 319. En el mismo sentido, A/CN.9/SER.B/2 dispone en el parágrafo 17 del capítulo IV de la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales: Las partes deben ser conscientes de que la eficaz ejecución del contrato dependerá de su cooperación en esa misma ejecución. Aunque resulte imposible enumerar en el contrato ejemplos de cosas en que esa cooperación pueda producirse, cabe aconsejar que el contrato obligue en general a cada una de las partes a cooperar con la otra en la medida necesaria para el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte y evitar todo comportamiento que obstaculice dicha prestación».

⁶⁷³ Que es justamente lo que se refiere el artículo 7.1.2 de los Principios UNIDROIT: «Una de las partes no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo».

⁶⁷⁴ Artículo 3.1 de la CISG: «Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción».

⁶⁷⁵ Vid. CISG Advisory Council Opinión N. 4, Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CNUCCI) , 24 Octubre 2004. Relatora. PILAR PERALES VISCASILLAS. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html#38>; CAFFARENA LAPORTA, JORGE, «Comentarios al artículo 3», en Díez-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, LUIS (dir. y coord.),

Debido a la relación de cooperación que las partes deben establecer en los contratos de larga duración, el principio de cooperación ejerce un trabajo fundamental para la buena ejecución de las obligaciones de entregar las mercaderías conforme a lo pactado, pero en especial con la conformidad jurídica⁶⁷⁶. Todo esto porque cuando el comprador (distribuidor) informa al vendedor (fabricantes) de las normas que deben ser cumplidas sobre derecho de la propiedad industrial e intelectual, está ejerciendo el principio de cooperación para que la obligación de la conformidad sea cumplida exitosamente. En esta hipótesis está llamado a cooperar quien esté en mejor posición o tenga mejores condiciones o habilidades para ayudar al otro a cumplir o ejecutar su obligación. Es decir, si el comprador está en mejor posición de obtener informaciones, significa que el vendedor no tendrá la obligación de investigar la situación jurídica de los derechos de propiedad industrial e intelectual⁶⁷⁷.

Además, tal y como señala la profesora PILAR PERALES⁶⁷⁸ el deber o principio de cooperar es una manifestación de expresión del principio de la buena fe. El

La compraventa internacional de mercaderías. Comentarios de la Convención de Viena, Navarra, Aranzadi, 1997.

⁶⁷⁶ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Coord. Por MARÍA VICTORIA PETI LAVALL; VICENT CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGU SÁNCHEZ (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1225-1244. Para la CISG ciertas actitudes de falta de cooperación pueden ser constitutiva de incumplimiento esencial. Es lo que la pasó en la sentencia Cour d' appel, Grenoble, Francia, 22 de febrero de 1995.

⁶⁷⁷ TOBAR RODRÍGUEZ, JAVIER ANTONIO, *Compraventa internacional de mercaderías y la propiedad intelectual e industrial*, La Ley, 2014, p. 321. La normativa Común de compraventa Europea (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea), reconoce el principio de cooperación en su artículo 3. Éste se define en el sentido que las partes contractuales están en la obligación de cooperar mutuamente en la medida que quepa esperar dicha cooperación para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

⁶⁷⁸ KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *General Provisions*. Comentado por PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, artículo 7, C.H.Beck·Hart·Nomos, Múnich, 2011, pp. 111 – 141. «Además de los principios claros consagrados en el art. (7 principios de la internacionalidad, la uniformidad y la buena fe), también hay varios otros principios fáciles de detectar plasmado en las disposiciones generales de la Convención. Estos se encuentran en Arts 1-13, en particular el principio de razonabilidad (Arts 8, y entre otras cosas, 39, 43, 46, 70), la libertad de la forma y pruebas (Art. 11), la libertad de contrato o de autonomía de las partes (Art. 6), las reglas en lo que se refiere a la jerarquía de las normas, y el valor de los usos y las prácticas establecidas entre las partes. En la Parte II (Formación del contrato), principios incluyen: la recepción o el principio de la recepción como un principio general para la eficacia de las declaraciones de voluntad dentro de la segunda parte (Art. 24), el principio de intercambio de información, el principio de preservar la contrato (artículos 19 (2) y 21 (2)), impedimento y venire contra factum proprium (Arte 16 (2) (b)) y 29

principio de la buena fe no sólo está establecido explícitamente en el artículo 7 (1) de la CISG, sino también encontramos manifestaciones específicas de buena fe en varios artículos de la CISG, que tienen como objetivo estimular a las partes en actuar de buena fe. Lo que demuestra que el principio de la buena fe es también una disposición sustantiva y no sólo un mero principio de interpretación de la CISG. Las manifestaciones de buena fe, como norma de conducta, también está reconocida en varios artículos⁶⁷⁹, pero también en el principio del deber de cooperar.

3. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN EN LA NUEVA VERSIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT⁶⁸⁰

En la CISG el principio de cooperación no está previsto expresamente, pero lo encontramos en la interpretación de los artículos 7.1⁶⁸¹, 38.1⁶⁸², 54⁶⁸³ y el artículo

(2)). En la Parte III principios incluyen: (Art. 74) (Art. 77) la obligación de cooperar (Arts 32 (3), 48 (2) y 60), *pacta sunt servanda*, *favorecen executionis*, una compensación completa, el deber de mitigar, el derecho a suspender el cumplimiento (Arts 58 y 71, 81 (2), 85 (2), y 86 (1)), el principio sinalagmático (Artigos 58, 71 y 81.2), evitar la interrupción del negocio y pérdidas económicas (Artigos 25 y 77), etc». La profesora PILAR PERALES, también hace referencia a tres sentencia donde el El Tribunal hizo referencia el deber de cooperación conjuntamente con el principio de la buena fe. Número del caso 445, número de la CLOU 39, Bundesgerichtshof, Alemania, 31 de octubre de 2001; Bundesgerichtshof, Alemania, 9 de enero de 2002; Oberlandesgericht celle, Alemania, 24 julio de 2009.

⁶⁷⁹ KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), General Provisions*. Comentado por PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, artículo 7, C.H.Beck-Hart-Nomos, Múnich, 2011, pp. 111 – 141. La profesora PILAR PERALES hace referencia a los artículos 8, 16 (2) (b), 29 (2) y 80 de la CISG.

⁶⁸⁰ Se redactó este apartado sobre la base de los materiales de trabajo utilizado por el Grupo encargado de la redacción, que fue facilitado por la profesora Pilar Perales.

⁶⁸¹ de la CISG: 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

⁶⁸² de la CISG: 1) El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias.

⁶⁸³ 54 de la CISG: La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago.

60⁶⁸⁴, ya que el deber de cooperar constituye una manifestación del principio de la buena fe y lealtad negocial. Situación diferente encontramos en los Principios UNIDROIT, ya que los principios de cooperación están expresamente recogidos en el artículo 5.3.

«Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última»

Y como hemos dicho anteriormente, debido a la gran importancia tanto de los contratos de largo plazo, como en los principios de cooperación, los Principios UNIDROIT han estado trabajando en una versión futura 2017 de los Principios de los contratos comerciales internacionales, «actualización» de los principios e incluyendo la incorporación de disposiciones sobre la definición de contrato de larga duración y una nueva versión sobre el principio de cooperación.

Sobre la definición de contratos de larga duración que se va a tener en la cuarta edición de 2017 de los Principios UNIDROIT⁶⁸⁵, nos revela:

Artículo 1.11 (Definición):

«Contrato a largo plazo» se refiere a un contrato que se prolonga a lo largo del tiempo y que normalmente implica, en un grado variable, la complejidad de la transacción y una relación entre las partes». (Traducción nuestra)⁶⁸⁶.

Según los comentarios del artículo 1.11 de los principios UNIDROIT, tres elementos diferencian los contratos a largo plazo de los contratos de cambio

⁶⁸⁴ de la CISG: La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y b) en hacerse cargo de las mercaderías.

⁶⁸⁵ Principles of International Commercial Contracts Working Group on Long-Term Contracts UNIDROIT 2016. C.D. (95) 3, Annex 1, Original: English April 2016. Annex 1 Proposed Amendments Additions to the UNIDROIT Principles on the Notion of “Long-Term Contracts”. Rapporteurs: Professors M.J. BONELL AND NEIL COHEN.

⁶⁸⁶ ARTICLE 1.11 (Definitions):

«Long-term contract» refers to a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and an ongoing relationship between the parties.

ordinarios: la duración del contrato, una relación continua entre las partes y la complejidad de la operación. Según los principios UNIDROIT, el elemento esencial del contrato de larga duración es la duración del contrato, mientras que los elementos de complejidad de la operación y la relación entre las partes pueden estar presentes en diversos grados, pero la presencia de ambos no es obligatoria. Lo importante es que uno de ellos esté presente para que los principios sean aplicados. Por ejemplo, los artículos 5.1.3, 6.3.1 y siguientes, presupone una relación continua entre las partes y una transacción que implica el funcionamiento de una naturaleza compleja⁶⁸⁷.

En los trabajos preparatorios de la nueva versión de los Principios UNIDROIT se consideró como ejemplo de contratos a largo plazo los contratos relativos a la agencia de comercio, la distribución, la subcontratación, franquicias, contratos de arrendamiento (por ejemplo, arrendamiento de equipo), el marco de los acuerdos, acuerdos de inversión o de concesión, contratos por servicios profesionales, operación y contratos de mantenimiento, acuerdos de suministro (por ejemplo, materias primas), construcción / obras civiles, contratos de cooperación industrial, empresas conjuntas contractuales, etc.

En especial, el artículo 5.1.2 de los Principios UNIDROIT trata expresamente de la cooperación entre las partes.

«Cada parte cooperará con la otra parte cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de ese partido»⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ Disposiciones y los comentarios de los principios que explícitamente se refieren a contratos a largo plazo son el Preámbulo, Article 1.11, Comment 3; Article 2.1.14, Comments 1, 3, and 4; Article 2.1.15, Comment 3; Article 4.3, Comments 3 and 4; Article 4.8, Comments 1, 2 and 3; Article 5.1.3, Comment 2; Article 5.1.4, Comment 3; Article 5.1.8 and Comment 2; Article 6.2.2, Comment 5; Article 6.3.1, Comments 1-5; Article 6.3.2 and Comment; Article 7.1.7, Comment 5; Article 7.3.5, Comments 4; Article 7.3.6, Comment 1; Article 7.3.7 and Comment 1. Varias disposiciones y comentarios también son particularmente relevante en el contexto de contratos a largo plazo. Véanse los artículos: 1.7; 1.8; 2.1.1, Comment 2; 2.1.2, Comments 1 and 2; 2.1.6; 2.1.13; 2.1.14; 2.1.15; 2.1.16; 2.1.17; 2.1.18; 3.3.1 and 3.3.2; 5.1.2; 5.1.7, Comment 3; 5.1.8; Article 5.3.1, Comment 5; Article 5.3.4; 6.1.1; 6.1.4; 6.1.5; 6.1.11; 6.1.14 to 6.1.17; 6.2.1 to 6.2.3; 7.1.3; 7.1.4; 7.1.5; 7.1.6; 7.1.7; 7.3.5.

⁶⁸⁸ Article 5.1.3 (Co-operation between the parties)
«Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations». El contrato no es más que un punto de encuentro de los intereses en conflicto, sino que debe también, en cierta medida, ser visto "como un proyecto común en el

Según los comentarios de los redactores de este artículo, se establece que las partes tienen la obligación de cooperar entre sí, cuando para la ejecución de una determinada obligación dicha cooperación podría ser esperada. El derecho a reclamar la colaboración que no obtuvo de la otra parte, está plasmado de forma expresa o implícita en los Principios UNIDROIT, ya sea conforme los artículos 5.3.3, 7.1.2 del artículo, y el artículo 7.4.8. Sin embargo, el principio de cooperación no está destrito apenas a la ejecución del contrato, hay muchos otros casos en los que pueden solicitarse a las partes a cooperar entre sí en el curso de la formación del contrato o cumplimiento del contrato. Aunque siempre y cuando la exigencia de cooperación esté dentro de los límites de las expectativas razonables.

Aunque el artículo 5.1.2 de los Principios UNIDROIT no hace referencia a la aplicación del principio de cooperación a una determinada clase de contrato, estableciendo entonces el deber de cooperación en términos generales para todos los tipos de contrato, en la práctica, es más importante la aplicación del principio de cooperación en el contexto de contratos a largo plazo. En particular los contratos de distribución, que cumplen con los requisitos de tiempo y de complejidad.

En los comentarios de los trabajos preparatorios de la nueva versión de los Principios UNIDROIT, se ilustró un ejemplo que encaja muy bien a nuestro estudio, y es el siguiente: en un contrato para la construcción de instalaciones industriales, en un acuerdo de distribución el proveedor tiene la obligación de abstenerse de cualquier conducta que podría dificultar al distribuidor de alcanzar el mínimo establecido por contrato de órdenes, o en el contrato de franquicia el franquiciador puede ser impedido de creación de una empresa que compite en la vecindad inmediata del negocio de la franquicia incluso si la licencia no es exclusiva.

El fundamento del principio de cooperación se encuentra en la lealtad negocial con que las partes deben ejecutar sus derechos y cumplir sus obligaciones, y es especialmente relevante en los contratos de tracto sucesivo de larga duración, ya

que cada parte debe cooperar. Este punto de vista está claramente relacionado con el principio de buena fe contractual (véase el artículo 1.7) que impregna la ley de contrato, así como a la obligación de mitigar el daño en caso de incumplimiento (véase el artículo 7.4.8).

que en este tipo de contrato la satisfacción de los intereses de los contratantes exige la mutua colaboración para superar las dificultades que puedan surgir a lo largo de la vida del contrato⁶⁸⁹.

4. POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA FALTA DE CONFORMIDAD

En este sentido, la CISG conjuntamente con el principio de buena fe, lealtad y el principio de cooperación está más que preparada para ser aplicada en los casos de falta de conformidad de los contratos de distribución, pues se trata de una norma ya muy experimentada en el tema de la falta de conformidad de las mercaderías, estando catalogado en la base de datos de UNICITRAL más de 100 casos juzgados sobre el tema⁶⁹⁰. Destacamos entre las sentencias, algunas de ellas donde se trató sobre la cuestión de si la falta de conformidad material (artículo 35.2 a) de la CISG) se establece por remisión a las normas de calidad establecidas en el ámbito jurisdiccional del comprador. En los casos en los cuales nada se establece sobre las exigencias que las mercaderías deben cumplir, los Tribunales⁶⁹¹ tienen afirmado que, por regla general, que el vendedor no es responsable del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias o las normas del país de destino. Eso fue lo que textuamente el Tribunal de Nueva Zelanda, 22 de julio de 2011 sentenció que aún conociendo el destino de las mercaderías el vendedor no era responsable del inumplimiento de las normas del país de destino, salvo que a) existan las mismas normas en el país del vendedor; b) el comprador haya estado a la atención del vendedor las disposiciones reglamentarias y haya confiado en la competencia y juicio de este; c) el vendedor conozca o debiera conocer esos requisitos, debido a la existencia de circunstancias especiales.

⁶⁸⁹ PULIDO BEGINES, JUAN LUIS, *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Contenido, LÚCIA ALVARADO HERRERA; MANUEL CLAVERO TERNERO; RAFAEL ILLESCAS ORTIZ; AGUSTÍN MADRID PARRA, DAVID MORÁN BOVIO (coordinadores), Thomson Aranzadi, 2º ed. 2003, pp. 253 – 283.

⁶⁹⁰ Disponibles en www.uncitral.org

⁶⁹¹ Número del caso 1256, número de la CLOUT 131, Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda, 22 de julio de 2011; High Court of New Zealand, Nueva Zelanda, 30 de julio de 2010, disponible en cisgw3.law.pace.edu/cases/100730n6.html.

Destacamos en esta sentencia el entendimiento del juzgador, que no atribuyó al vendedor la responsabilidad de cumplir con los estándares de derecho público y específicamente de las normas del país de destino, y es en la circunstancia en que las partes tengan una relación comercial de larga duración y que el vendedor exporte con regularidad al país del comprador y suministre mercancías en éste, siendo una situación similar a los contratos de distribución.

Otra sentencia que trata del tema de las mercaderías es muy frecuente en el contrato de distribución y fue el caso juzgado por Netherlands Arbitration Institute, sentencia del 15 de octubre de 2002⁶⁹². En este caso los demandante (vendedores - explotaban la extracción del gas) y los demandados (compradores - exploración, producción y refinación de petróleo y la distribución de productos derivados del petróleo y gas bruto), entre los años de 1993 y 1994, celebraron 12 contratos de distribución de mezcla de petróleo crudo. El 11 de junio de 1998 el comprador informó a los vendedores que no aceptaría la próxima entrega de la mezcla de petróleo crudo porque contenía un alto nivel de mercurio.

Los vendedores iniciaron un procedimiento arbitral argumentando que aunque los niveles de mercurio habían subido estaban en conformidad con el contrato, ya que el contrato no contenía especificaciones de calidad. Debido a la falta de los detalles de calidad de la mezcla de petróleo crudo, el Tribunal de Arbitraje estableció que la conformidad debería cumplir con el artículo 35.2 a) de la CISG. Interpretaciones basadas en las normas de calidad comercial llevó a conclusiones diferentes en este caso. El Tribunal de Arbitraje decidió que el artículo 35.2 a) de la CISG debería ser aplicado de acuerdo con criterios de calidad razonable. Y para llegar a un criterio de calidad razonable de la mercadería, el Tribunal de Arbitraje aplicó los términos del artículo 7 (1) de la CISG, ya que no utilizó como parámetro las nociones de calidad internas del país.

Justificó el Tribunal Arbitral, que el estándar de calidad razonable, era coherente con los trabajos preparatorios de la CISG, y que además, si la ley holandesa fuera aplicada en este caso, la interpretación razonable de la calidad

⁶⁹² Países Bajos Netherlands Arbitration Institute, sentencia del 15 de octubre de 2002 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html>

prevalecería. Por todo ello, el Tribunal decidió que la mezcla de petróleo crudo no cumplía con la norma de calidad razonable, porque el precio convenido en las partes que no se pagaría por la mezcla de petróleo con los niveles de mercurio tan altos.

En el caso de número 770, China International Economic & Trade Arbitration Commission⁶⁹³, trata de un caso también muy parecido con los contratos de distribución, tratando de la celebración de un contrato que establece compras múltiples durante varios años. Los contratos habían estipulado cláusulas diferentes sobre: cantidad, especificaciones, precios, y plazo de entrega. Sin embargo, otras cláusulas, como por ejemplo, las que versaban sobre calidad, examen de las mercaderías, reclamaciones, y arbitraje eran las mismas en todos ellos. Tras algunos años, uno de los clientes del comprador descubrió defectos en las mercaderías. Las negociaciones para resolver el problema no tuvieron éxito porque el vendedor alegó que según el contrato las reclamaciones estaban fuera de plazo.

El Tribunal consideró que la CISG era aplicada al caso, estableció que el vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aún cuando esa falta sólo sea manifestada después de ese momento. El Tribunal sostuvo que el vendedor era responsable en virtud del párrafo 2) del artículo 36 de la CISG, puesto que las bridas defectuosas constituían un incumplimiento de la garantía que las mercaderías seguirían siendo aptas para su uso ordinario. Sin embargo, el plazo de garantía no era indefinido y no podía prorrogarse más allá del período de dos años establecido en el párrafo 2) del artículo 39.

Por todo ello, entendemos que en los casos en que el fabricante no cumpla con las normas establecidas por las autoridades en el país de destino, como también si no cumple con los requerimientos del distribuidor, sea de la calidad de las mercaderías, sea del embalaje, sea el incumplimiento de la obligación de venta o compra en exclusiva, en estos casos entendemos que se está incumpliendo con las normas de falta de conformidad establecidas en la CISG y por lo tanto la Convención puede ser aplicada en estas hipótesis. Entendemos que lo esencial del contrato de distribución

⁶⁹³ Número del caso 770, número de la CLOUT 74, China International Economic & Trade Arbitration Commission, China, 30 de marzo de 1999.

internacional es definitivamente la compraventa con el compromiso de colaboración entre las partes; la compraventa, porque es el motor que hace que esta relación arranque y la colaboración porque es a través de ella que ésta relación comercial perdure en el tiempo. Las obligaciones que asumen las partes relacionadas con el contrato de distribución internacional no es nada más que obligaciones contractuales directamente relacionadas y dependientes del contrato de compraventa de las mercaderías objeto del contrato. Cuando hablamos de obligaciones dependientes del contrato de compraventa nos referimos a obligaciones como de desarrollo de la publicidad, distribución y comercialización de las mercaderías. Tales obligaciones sólo tienen su sentido de existir si están relacionadas con la compraventa de las mercaderías.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo estudiamos la posibilidad de aplicación de la CISG a los contratos de distribución internacional, pero no sólo a ellos sino también a los contratos mixtos, que contienen una fusión de diversos tipos de obligaciones, como son dar, hacer o no hacer. Sobre la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, la doctrina y la jurisprudencia, mayoritariamente, entienden que la Convención de Viena no se aplica a los contratos marco, pero sí a los contratos de compraventa que derivan del contrato marco de distribución.

Uno de los argumentos utilizados para justificar la no aplicación de la CISG a los contratos de distribución radica en las características de ambos contratos, justificando que a pesar que los contratos de distribución poseen elementos propios de la compraventa, no son contratos de compraventa tal y como lo describe la propia Convención, dado que no responden a lo establecido por los artículos 30 y 53 de la CISG. Sobre este tema, entendemos que además la CISG no contiene una definición expresa del contrato de compraventa, y de los artículos 30 y 53 de la CISG apenas extraemos la definición clásica del mismo, ya que sólo se establecen las obligaciones básicas del contrato de compraventa como son la obligación del vendedor de entregar y transmitir la propiedad de las mercaderías y la obligación del comprador de pagar el precio y recibirlas.

En este trabajo no fue nuestra intención defender que los contratos de distribución y los contratos de compraventa son iguales y es por esta razón que se debe aplicar la CISG, porque a pesar de sus similitudes entendemos que existen diferencias. Sin embargo, pese a las diferencias, no se puede ignorar que el contrato de distribución presenta una serie de características que lo aproxima a la compraventa, además en los contratos de distribución siempre existirá la presencia de los contratos de compraventa concluidos sobre la base del contrato marco de distribución. Es más, la actuación del distribuidor, es la propia del empresario que compra para revender adquiriendo la propiedad del género que le transmite el fabricante y que el distribuidor revende en el mercado, es decir, todas las acciones del distribuidor están relacionadas directamente en torno a la compraventa de

mercaderías, como por ejemplo, las obligaciones de compra, entrega, recepción y pago de precio.

A mayor abundamiento, el artículo 3.1 de la CISG equipara el contrato de compraventa a contratos que además de existir las relaciones sinalagmáticas de intercambio, que son típicas del contrato de compraventa, también posean otras obligaciones, como por ejemplo las obligaciones accesorias de entregar (obligación de dar), como la de hacer algo o de no hacer. Son las mismas obligaciones que forman parte de los contratos de distribución, donde se observa tanto la presencia de las obligaciones propias de la compraventa (obligación de dar), como también podemos observar obligaciones específicas del contrato de distribución, como por ejemplo, el acuerdo de exclusiva, la obligación de desarrollo de marketing, el suministro de mano de obra, como también la prestación de servicio, que son obligaciones de hacer o no hacer. Por lo tanto, entendemos que la CISG, pese a lo que pudiera parecer a primera vista por su enunciado, que sólo se restringe al tradicional contrato de compraventa, nos proporciona un concepto amplio y moderno de definición de la compraventa, que trasciende a la prestación de transmitir la propiedad a cambio de un precio.

Añadiendo a la definición moderna de los contratos de compraventa, los contratos de distribución internacional no hace parte del rol de los contratos excluidos expresamente del ámbito de aplicación de la CISG, además por ser las excepciones enumeradas en el artículo 2 una lista exhaustiva, no se puede excluir la aplicación de la CISG a los contratos de distribución por la vía de la analogía.

Todo lo contrario, se debe hacer uso de la vía de la analogía para aplicar la Convención a los contratos de distribución como técnica de aplicación de principios generales del derecho, que solamente se aplican en defecto de la ley. Pues el principio de la analogía, que integra los principios generales del derecho, es la extensión y aplicación material de una ley establecida para una clase de hechos, a un caso semejante, que carece de ley propia, tal como es el caso que estudiamos. No existe una norma que regula los contratos de distribución internacional, habiendo una laguna legal, que debe ser cubierta de la mejor forma y como está previsto otro supuesto semejante al planteado, que es la CISG, y en ambos se aprecia identidad de razón, la norma del caso puede aplicarse por analogía. Por ello, entendemos que en

un principio podemos afirmar que según a las normas del ámbito de la aplicación de la CISG, la aplicación de la Convención a los contratos de distribución internacional no está excluida.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, la CISG nos dejó la puerta abierta para justificar la aplicación de la Convención a los contratos mixtos, como también a los contratos de distribución, pues la Convención está estrechamente vinculada a la compraventa y a las obligaciones de hacer o no hacer, que son las mismas observadas en el contratos de distribución, además la CISG asegura más previsibilidad, ya que permite la unificación del régimen aplicable en todo el contrato, con más claridad y conexión. Entonces debido a su aproximación jurídica, agregado a otros factores como por ejemplo la falta de regulación específica de los contratos de distribución, las semejanzas que encontramos en ambos contratos, creemos que la CISG por sus características puede ser aplicada a los contratos de distribución, como también a los contratos mixtos, ya sea de forma supletoria, o analógica, o por la aplicación de las normas de teoría general de los contratos, ya que la CISG no deja de traducir los remedios de la teoría general de los contratos.

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que llevando apenas en consideración, el ámbito material de aplicación de la CISG, es posible la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, nos encontramos con el primero obstáculo que trata de la situación de pluralidad de contratos dentro de los contratos de distribución. Observamos dos contextos diferentes de contratación; por un lado, la unicidad contractual, que trata de un único contrato de distribución, pero encontramos en él, tanto las obligaciones de compraventa, como las propias de un contrato de distribución. Y por otro lado, está la pluralidad de contratos, que están compuestos por dos contratos separados, divididos en contrato marco y en contratos de compraventa de mercaderías.

Con referencia a lo anterior, la discusión es sobre si la CISG se aplica a los contratos marco o si la Convención sólo se aplica a los contratos de compraventa concluidos sobre la base del contrato marco de distribución. Debido a la dualidad de contratos existentes en el mismo instrumento contractual de distribución, tal circunstancia proporciona una situación tendente para el operador jurídico, y en caso de controversia, opte por el fraccionamiento legislativo del contrato.

Nuestro entendimiento sobre este asunto es que el contrato marco de distribución engloba en su objeto la concreción del contrato de distribución, y por otro lado, tenemos los contratos de compraventa que son concluidos sobre la base del contrato marco, pero aunque se trata de dos contratos, ambos son conexos porque poseen idéntica finalidad, semejanza en el objeto, contienen los mismos contratantes, y por último, existe una dependencia entre ellos. Además, la propia naturaleza del contrato marco por sí delata su dependencia con otros contratos porque su utilidad, desarrollo y ejecución se encuentran en posteriores contratos específicos.

Con lo cual, determina que el contrato marco puede perfectamente entrar dentro del ámbito de aplicación de la CISG bajo los mismos fundamentos con que lo hace el contrato único de distribución. Pero además, la CISG establece expresamente que ella regula los derechos y obligaciones tanto del vendedor, como del comprador que derivan del contrato, sin definir si la obligación o derecho son del contrato de compraventa, del contrato de distribución o del contrato marco de distribución.

En el caso en que se entienda lo contrario y se apliquen distintas leyes para los contratos de distribución, creemos que la fragmentación resulta un grave problema a la seguridad jurídica, pues en el mismo negocio jurídico serían aplicadas normas distintas. Por un lado, se aplicaría el Derecho uniforme internacional a los contratos de compraventa y por otro lado, se aplicaría el Derecho nacional al contrato marco, cabiendo la posibilidad que obedezcan a principios distintos o mismamente que sean incompatibles.

Ante la situación planteada, opinamos que resulta posible la aplicación de la CISG a los contratos de distribución cuando se trate de efectivamente dos contratos con el mismo fin, pues aplicando la teoría de la *unicidad* de los contratos se interpreta que se trata de un contrato global por su conexión con el objeto. Igualmente, la CISG está preparada para gobernar y proporcionar normas uniformes, apropiadas y capaces de solucionar el problema, pudiendo ser aplicada tanto a los contratos marco como a los de compraventa derivados del contrato marco, especialmente en los temas de interpretación, formación y ejecución del contrato.

Es cierto que habrá determinadas cláusulas de los contratos de distribución que puede que no entren en el ámbito de aplicación de la CISG, como por ejemplo la

cláusula sobre el derecho de la competencia, pues la CISG no trata de las normas sobre la competencia, no existiendo así el conflicto de normas. El problema ocurre cuando dentro del derecho interno del país conviven las leyes nacionales sobre la misma materia que la CISG trata. Pero por otro lado, en caso de demanda por motivo de incumplimiento del derecho de competencia, la demanda puede que no se ampare en las normas de incumplimiento del derecho de competencia, sino en el hecho de haber incumplido una obligación contractual. O sea, desde este punto de vista, la reclamación del perjudicado se trata de una reclamación de responsabilidad contractual, que en este caso la CISG puede ser aplicada.

Por otro lado, estudiamos otro motivos utilizado como rechazo de la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, que es el referente a la falta de cumplimiento de los elementos esenciales del contrato en los contratos marco de distribución, específicamente la falta de definición del precio, según lo establecido en el artículo 14 de la CISG. En este sentido, se considera que el artículo 14 de la CISG exige una precisión en la oferta en cuanto al precio y añade que la precisión de este requisito, en los casos de contrato de distribución, es labor de difícil cumplimiento, pues muchas veces resulta complejo, cuando no imposible, determinar el número de contratos de compraventas que serán realizadas a lo largo de la vigencia del contrato marco, ya que los contratos de distribución, en general, son contratos a largo plazo con varias compraventas futuras.

De lo anterior deriva que el contrato marco no siempre puede especificar con exactitud el precio y la cantidad de las mercaderías, que son bajo la óptica del artículo 14.1 CISG elementos esenciales de la oferta y del contrato. Debido a tal circunstancia, es común que la fijación del precio no sea posible determinar en el momento de celebración del contrato de distribución. Para estos casos, entendemos que se puede aplicar el artículo 55 de la CISG, que señala que el contrato puede ser válidamente perfeccionado sin el precio cuando se verifica la intención de las partes en perfeccionar el contrato, pero que por circunstancias adversas no se determinó el precio. En este caso, según el artículo 55 de la CISG se aplicará el precio generalmente cobrado en el momento de la perfección del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias similares, en el tráfico mercantil del que se trate, o el precio también puede ser fijado por un tercero.

Sin embargo, para la aplicación del artículo 55 a los contratos con precio abierto es necesario la presencia de la voluntad de las partes de estar vinculadas por su contrato. Y para verificar si las partes tenían la intención de vincularse se puede hacer uso del artículo 8 de la CISG, tal artículo está dedicado a regular la interpretación de declaraciones, manifestaciones de voluntad y actos hechos por los contratantes, adoptando un enfoque de interpretación amplia, flexible y atento a la realidad.

Además, en las situaciones en las cuales los contratos de distribución carecen de precio, pero que se verifica la intención de las partes de celebrar el contrato, defendemos la aplicación del artículo 55 de la CISG que tiene como objetivo subsanar la falta del precio en los contratos que por circunstancias adversas no fue posible la fijación del mismo en la celebración del contrato.

Después de esta puntualización, nos lleva a recapacitar que no prosperan los argumentos utilizados para la no aplicación de la CISG a los contratos de distribución, porque se demostró que es perfectamente posible la aplicación de la CISG a contratos que no cumplan el estándar establecido por el artículo 14 de la CISG, cuando se verifica la presencia de la voluntad de las partes de vincularse, y consecuentemente se aplicaría el artículo 55 de la CISG para encontrar el precio.

Hemos estudiado también uno de los elementos caracterizadores del contrato de distribución, aunque no esencial, que es el pacto de exclusiva, aspecto que la doctrina también declara que no se resuelve por la CISG.

Los pactos de exclusiva pese a su importancia dentro de los contratos de distribución, no se trata pues, de un elemento que *per se* hace que el contrato de distribución se distancie o se diferencie de los contratos de compraventa. Es decir, el pacto de exclusiva no es un contrato autónomo e independiente de objeto. El pacto de exclusiva se trata de una obligación como otra que integra el contrato y como tal, siempre vendrá incorporada al contenido de un contrato, es decir, la obligación de exclusiva siempre estará relacionada a la prestación principal, que en el caso presente la obligación base de los contratos de distribución es la compraventa.

Bien es verdad que la obligación de exclusiva, en algunos contratos tienen un destaque importante, sin embargo, no será por su grado de importancia que cambiará su status de obligación accesoria dentro de los contratos de distribución y que dependen y existen en función de la compraventa de mercaderías. De hecho, los contratos de compraventa internacional de mercaderías con pactos de exclusiva no desnaturaliza el contrato en cuanto a su sometimiento a la CISG. Es decir, un contrato de compraventa en exclusiva sigue siendo un contrato materialmente regulado por la CISG, y por ello en los casos de incumplimiento del pacto de exclusiva, la CISG puede ser aplicada. En este sentido, el mismo argumento puede ser utilizado para justificar la aplicación de la Convención a los contratos de distribución porque no existe ninguna diferencia jurídica importante entre los pactos de exclusiva del contrato de compraventa y los pactos de exclusiva de un contrato de distribución.

Además, no se contempla la existencia de un contrato de exclusiva sin el contrato principal, ya que no se trata de un contrato independiente, ni tampoco se trata de una modalidad de un contrato de distribución, ni tan siquiera tiene naturaleza de prestación principal que pudiera justificar su causa, puesto que un contrato de exclusiva, sin mercaderías o servicio es un contrato vacío que carece totalmente de sentido. Ante la situación planteada, entendemos que los pactos de exclusiva son parte integrante de un contrato, con naturaleza de cláusula accesoria, no son contratos autónomos, ya que no tienen elementos mínimos exigibles para ser presentados como un negocio jurídico porque carecen de objeto y causa que puedan dar sentido a la obligación de no hacer. Entonces, partiendo de esta base, entendemos que no hay lugar un pacto de exclusiva como obligación autónoma, puesto que siempre dependerá de la obligación principal para existir. Y siendo el pacto de exclusiva una obligación accesoria dentro del contrato de distribución, en caso de incumplimiento, la CISG puede ser aplicada.

Y por último, estudiamos la obligación de entregar las mercaderías conformes a lo establecido entre las partes. Debido a las características especiales de este tipo de contrato, tal obligación cobra una especial importancia para el perfecto funcionamiento del contrato de distribución internacional, pues por tratarse de distribución de mercaderías se observa que en algunos casos las mercadería recorren

un camino más largo que él, normalmente, recorrido por los contratos de compraventa. Es decir, hasta que las mercaderías del contrato de distribución lleguen al consumidor final, pueden pasar por uno o varios intermediarios, y para que esta cadena de contratos funcione perfectamente, es necesario que las mercaderías cumplan con todos los parámetros de conformidad, tanto los establecidas por las partes, como por ejemplo, que las mercaderías estén embaladas en la forma fijada por el contrato, como también, las mercaderías deben cumplir con las normas de entrada establecidas por el país de destino.

Se trata pues de una de las obligaciones más importantes dentro del contrato de distribución. Sin embargo, para que las mercaderías sean entregadas conforme a lo establecido, previamente es muy importante que las partes pacten detalladamente todas las obligaciones que deben ser cumplidas y que colaboren entre sí para el buen cumplimiento de esta obligación.

De los anteriores planteamientos, concluimos que no existe diferencia entre la obligación genérica de entregar las mercaderías conforme en los contratos de compraventa internacional establecida por la CISG y las que se suceden en los contratos de distribución, ya que en estos, se verifican los mismos *modus operandi*: tanto el fabricante que participa del contrato de distribución, cuanto el vendedor del contrato de compraventa tienen la misma obligación de entregar las mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a lo estipulado en el contrato y que también estén envasados o embalados conforme a lo establecido entre las partes.

Lo único que se diferencia entre estos dos contratos es la periodicidad de las entregas de las mercaderías, pues en el contrato de distribución se observa una frecuencia constante de entregas, y ya en el contrato de compraventa la entrega es única, pero es evidente, que la constancia de las entregas no cambia su esencia, ni tampoco elimina la obligación de entregar las mercaderías conforme a lo establecido en el contrato, y por supuesto no descartar expresamente la aplicación de la CISG. Todo lo contrario, cuanto mayor es la frecuencia de entrega de las mercaderías, mayor debe ser la exigencia de observancia de las normas por parte de ambos contratantes.

En este sentido, la CISG conjuntamente con el principio de buena fe, lealtad y el principio de cooperación está más que preparada para ser aplicada en los casos de falta de conformidad de los contratos de distribución, pues se trata de una norma muy experimentada en el tema de la falta de conformidad de las mercaderías, siendo uno de los temas que mayor atención ha recibido, dedicando más de 10 artículos al tema.

Por ende, entendemos que todas las cláusulas que se incorporan a los contratos de distribución y que o no existen o que son poco habituales en los contratos de compraventa internacional, por sí mismo, no deben determinar la exclusión expresa de la aplicación de la CISG, y cada caso debe ser estudiado porque al analizar en este trabajo la finalidad de existencia de algunas de las cláusulas que se añaden al contrato de distribución, llegamos a la conclusión que ellas tienen como objetivo aumentar el vínculo obligacional entre las partes y consecuentemente elevar la estabilidad y asegurar la colaboración en la relación contractual, y además, su incorporación a los contratos no implica un cambio sustancial en la esencia del contrato.

Asimismo, hemos llegado a la conclusión que en los aspectos referentes a la formación del contrato o sobre los remedios y acciones que pueden aplicarse en los casos de incumplimiento en los contratos de distribución, son totalmente compatibles con la CISG, ya que las normas de la Convención no dejan de evidenciar los remedios de la teoría general de los contratos. Siendo la CISG una opción ventajosa para ser aplicada a los contratos de distribución, pues se trata de la unificación y aplicación de un sólo régimen jurídico al contrato de distribución evitando así sorpresas para las partes, en especial para el fabricante, pues es quien puede tener distribuidores en muchas partes del mundo y por lo tanto, con la potencial aplicación de variadas leyes internas.

Además, con la aplicación de la CISG a los contratos de distribución, ya no existiría la situación que el fabricante contrataría un abogado en cada país que enviara sus productos, reduciendo los gastos, y por otro lado, incentivaría más a los fabricantes a entrar en nuevos mercados, ya que con su aplicación no se observaría la incertidumbre que observamos cuando tenemos que lidiar con derechos de otros

países, porque la Convención es conocida por su carácter uniforme y aplicada mundialmente.

Entonces, ante la situación de la ausencia de un régimen legal internacional y uniforme para regular los contratos de distribución y aprovechando la existencia de la CISG , atendiendo, asimismo, a la semejanza entre ambos contratos y acudiendo a criterios que aboguen por una solución razonable al problema, proponemos en definitiva la aplicación de la CISG a los contratos de distribución pues proporciona la regulación normativa adecuada para enfrentar los problemas derivados de la formación del contrato, las obligaciones en general, la falta de conformidad de las mercaderías y servicios. Y a través de sus remedios y acciones también está preparada para responder a casi todos los incumplimientos que pueden surgir dentro del contrato de distribución, ya que las acciones de resolución de la CISG plasma la teoría general de los contratos, cubriendo así las lagunas dejadas por la falta de ley propia.

BIBLIOGRAFIA

ADAME GODDARD, JORGE. *Estudio sobre la compraventa internacional de mercaderías*. México:Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

ADAME GODDARD, JORGE. *El Contrato de Compraventa Internacional*. México: Mc Graw Hill, 1996.

AGUILAR GRIEDER, HILDA. «Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento de Roma I». en Vol. 1, N°. 1, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 19-35.

AGUILAR NAVARRO, MARIANO. «Comentarios al artículo 9 de la Ley uniforme de venta internacional de mercaderías», *Multitudo Legum Ius Unum*, ensayos en honor a Festschrift para Wilhelm Wengler a su 65 cumpleaños, vol. 2, 1973

ALBÁN OVIEDO, JORGE. «Comentario sobre la manera en que los Principios de UNIDROIT podrán utilizarse para interpretar o complementar el artículo 14 CISG». El artículo en la íntegra se puede ser consultada en la página web: www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni14.html.

ALVARADO HERRERA, LUCÍA. «Capítulo 3, validez», en MORÁN BOVIO, DAVID (coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.º ed., Navarra, Arazadi, 2003.

ALONSO GARCÍA, RICARDO. «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por los órganos españoles», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, N.º 2, 1990, pp. 437-478.

ALONSO SOTO, RICARDO. *Los contratos de distribución comercial*, en VV.AA. *Curso de Derecho Mercantil*, vol II, Civitas, 2ªed., Madrid, 2007.

ALONSO SOTO, RICARDO. «Tipología de los contratos de distribución comercial en Los contratos de distribución». Directores: ALBERTO ALONSO UREBA; LUIS VELASCO

SAN PEDRO; CARMEN ALONSO LEDESMA; JOSEBA AITOR ECHEVARRÍA; A. JORGE VIERA, *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, La ley, pp. 59 – 73

ALONSO SOTO, RICARDO. «Bases para una futura tipo regulación de los contratos de distribución». En VV.AA., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 49 – 62.

ÁVILA DE LA TORRE, ALFREDO Y MORALES MENÉNDEZ, IGNACIO. *Lecciones de Derecho de los Contratos en el comercio internacional*. Salamanca: Ratio Legis, 2006.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, NORBERTO. *Teoría Crítica de la Seguridad Jurídica*, Departamento de Fundamentos del Derecho y de Derecho Penal. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares.

AVILÉS GARCÍA, JAVIER. *Las garantías derivadas de la venta de bienes de consumo. Garantía legal de conformidad, garantía comercial, garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos*. En DE LEÓN ARCE, ALICIA (dir.); GARCÍA GARCÍA, LUZ MARÍA (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formulario), 2.º ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

ANDREA BJÖRKLUND. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2011.

ARAÚJO, NÁDIA DE. «O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no direito internacional privado». En: Carsella, Paulo Borga. (Coord.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, São Paulo: LTR, 1996, pp. 31-47.

AURELIO MENÉNDEZ, ÁNGEL ROJO. *Lecciones de Derecho Mercantil*. RODRIGO URÍA (director); APARICIO, MARÍA LUISA. (Coord.). Vol. II, 10ª ed., Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012.

BALDI, ROBERTO. *El Derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*. Madrid: Edersa, 1988.

BARONA VILAR, S./ESPLUGUES MOTA, C./HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Contratación internacional (Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación)*, C. ESPLUGUES MOTA (Coord.), Valencia: Tirant Lo Blanc, 1994.

BARRERA TAPIAS, CARLOS DARÍO. «Obligaciones de las Partes en el Contrato de Venta Internacional de Mercaderías». En: LARROUMET, CRISTIAN; ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS; ARAÚJO SEGOVIA, RAMIRO. *Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003.

BECH SERRAT, JOSEP MARÍA. «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias». *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, N.º 1, enero de 2010. http://www.indret.com/pdf/697_es.pdf.

BENTO SOARES, MARIA ÂNGELA Y MOURA RAMOS, RUI MANUEL. «Do contrato de compra e venda internacional. Análise da Convenção de Viena de 1980 e das disposições pertinentes do Direito Português». *Boletim do Ministério da Justiça, Documentação e Direito Comparado*, número 6, 1986, pp. 73 – 290.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, PABLO. *El derecho de retención en el Código Civil español*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1955.

BIANCA, C.M., Y MICHAEL JOACHIM, BONELL (coord). *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Convention*. Milan: Giuffrè, 1987.

BIGLIAZZI GERI, LINA. *Derecho civil*. Tomo I, Vol. 2, Trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

BIN, MARIO. «La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, año XLIV, N.º. 3, septiembre de 1990, pp. 755-768, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca jurídica Virtual. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/boletin/cont/78/rdr41.htm>

BOBBIO, NOBERTO. *Teoría general del Derecho*. Madrid: Debate, 1996.

BOHÓRQUEZ ORDUZ, ANTONIO. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley, Vol. 3, 2013.

BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores). *Derecho Europeo de Contratos*. Barcelona: Atelier, Tomo I, 2012.

BOUCARD, HÉLÈNE. «La unificación internacional del derecho del contrato de compraventa y su irradiación europea». *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, marzo de 2008, pp. 1 – 29. Disponible en <http://www.refdugr.com/documentos/articulos/13.pdf>

BROSETA PONT, MANUEL Y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Vol. II, 2005.

BROSETA PONT, MANUEL. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 10ª ed., Madrid, 1994.

CABRERA ZARAGOZA, SUSANA. «Aplicación de los artículos 85 y 86 por las autoridades nacionales de la competencia. Instrumentos de cooperación». En *Derecho de la competencia europeo y español, La Unión Europea (Estudios y Documentos)*, Madrid: Dykinson, N.º 3, 1999.

CABRERA ORJUELA, MAR A CLARA Y GALÍN BARRERA, DIEGO RICARDO. «Comentarios a la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, aprobatoria de la Convención de la Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en Colombia, específicamente al N.º 3 (obligaciones de las partes)», *Colombia Vniversitas*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Bogota Dc, v.fasc., 2001, pp. 357-439.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE. «Comentarios al artículo 3». En DíEZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, LUIS (Dir. y Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentarios de la Convención de Viena*. Navarra: Aranzadi, 1997.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GOZÁLEZ, JAVIER, *Curso de contratación internacional*, Madrid: Colex, 2006.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUÍS. «Artículo 1 de la Convención de Viena», en DíEZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, LUIS (Dir. y Coord.). *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 1998.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Derecho internacional privado* II. Granada: Comares, 9ª ed., 2008.

CAEMMERER, VON, E., Y SCHLECHTRIEM, P. KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN *UN-Kaufrecht*. München: Verlag C.H.Beck, 1990.

CAFFARENA LAPORTA, JORGE EN DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Cívitas, 1998.

CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. «La Exclusión del Convenio de Viena de 11 de Abril de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías en Virtud de la Autonomía de los Contratantes». *Revista de derecho patrimonial*, 2001, pp. 151-156

CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías: (Estudio de su Aplicación y de Sus Relaciones con la Norma de Conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*. Sevilla: Universidad de Sevilla secretariado de publicaciones, 2000.

CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. «El Convenio de Viena de 1980 como núcleo en la regulación del la compraventa internacional de mercaderías (comentario a propósito de la Sentencia arbitral de la CCI N.º 8611/HV/JK, de 23 de enero de 1997)». *Derecho de los Negocios*, N.º 99, 1998, pp. 15-28.

CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. «El Convenio de Viena de 11 de Abril de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la Competencia Judicial Internacional». *Revista de derecho patrimonial*, N.º. 5, 2000, pp. 195-202.

CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. «¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?». *Anuario de Derecho Europeo*, 2002, pp. 43-65.

CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. «La Competencia Judicial Internacional» En: *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, 2002, pp. 19-37.

CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ. «El Derecho Contractual Europeo en el Marco de la Globalización». En: *Globalización y Derecho*, Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2003, pp. 73-86.

CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL. «Apuntes sobre el Proyecto de Ley de contratos de distribución y (conexiones con) el Derecho de la Competencia». *Revista de Derecho Privado*, Año N.º 98, enero-febrero, 2014, pp. 3-24.

CANDELARIO MACÍAS, MARÍA ISABEL. «El contrato de distribución comercial: ¿en el «futuro» Código mercantil o en una ley especial?». En: Estudio sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1247-1261.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, EN LUIS DÍAZ PICAZO (DIR.). *Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 1998.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. Contrato Internacional, Nueva Lex Mercatoria y Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez- Picazo/ Coord. Por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 2, 2002, pp. 1539-1572.

CASA, F./CASABÓ, M., *La franquicia (franchising)*. Barcelona: Gestión 2000, 1989.

CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, ALFONSO-LUIS CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.). *Derecho del Comercio Internacional*. Ed. Colex, 2012.

CASTILLA BAREA, MARGARITA. «La determinación de la falta de conformidad del bien con el contrato a tenor del artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de consumo». En *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol.XXI, 2003, pp. 275 – 337.

CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER. *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*. Madrid: Civitas, 1992.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Cuestiones actuales del derecho mercantil*. ALONSO LUIS CARAVACA Y SANTIAGO AREAL LUDEÑA (Dir.). Madrid: Colex, 2005,

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Contrato de compraventa internacional de mercaderías – CISG de 1980, Y otros textos complementarios*. Navarra: Thomson, 2005.

CARIOTA FERRARA, LUIGI, *El negocio jurídico*, Trad. Manuel Albaladejo, Ed. Aguilar, Madrid, 1956.

CARRILLO POZO, LUIS FRANCISCO. *El contrato Internacional: La prestación característica*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994.

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de ley uniforme sobre la venta». *Anuario de Derecho Civil*, XI, 1958.

CHEESEMAM, HERY R., Business Law. The Legal, Ethical and Internacional Environment. New Jersey: Prattice Hall, 2º ed., 1995

CHULIA VICENT, EDUARDO/ BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: Bosch, 1999.

CHULIÁ VICENTE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

CHULIÁ VICENTE, FRANCISCO. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Bosh: Barcelona, Tomo I, volumen II, 2.º ed., 1991.

CLEMENTE MEORO, MARIO ENRIQUE. *La facultad de resolver los contrato por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1998.

CORRAL GARCÍA, EDUARDO. *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VAQUER ALOY, ANTONIO; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coordinadores), Barcelona Atelier, Tomo II, 2012.

CODERCH, PABLO SALVADOR. «Comentarios al artículo 79». En: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentarios de la Convención de Viena*, Navarra: Aranzadi, 1997.

CRUCELAEGUI, JAVIER SAN JUAN. *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*. Navarra: Aranzadi, 2005.

CRUZ RIVERO, DIEGO. *La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil*. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro en homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1262-1288.

CURTO POLO, MARÍA MERCEDES. *Pactos de exclusiva: Territorial o grupo de clientes. Excepciones a la exclusiva. Ventas directas del proveedor*. En: Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo, Carbajo Cascón, Fernando (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

DE CASTRO, FEDERICO. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La defensa del consumidor». *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 987-1085.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *La compraventa internacional de mercaderías – Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 1998.

DÍEZ PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción Teoría del Contrato*. Madrid: Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, ROCA TRIAS, MARÍA ENCARNACIÓN, A. M. MORALES. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Civitas, 2002.

DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS. «El contrato de distribución exclusiva o de concesión». VV.AA., *Contratos mercantiles*, T. I, 5ª edición, Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 727-779.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONIO. «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Fernández de la Gandara, Luis, (dir.). *Contratos internacionales*, Madrid, 1997.

DOMINGUEZ GARCIA, MANUEL ANTONIO. «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor». *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 177, 1986, Madrid, p. 422.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONIO. «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial». En CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1275-1384.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, MANUEL ANTONIO. «Compra y venta exclusiva (especialidades)». En *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, VV.AA, CARBAJO CASCÓN, FERNANDO (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

DURÁN AYAGO, ANTONIA. «La jurisdicción competente y legislación aplicable de la distribución trasnacional». En *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, VV.AA, CARBAJO CASCÓN, FERNANDO (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ENDERLEIN Y MASKOV, DIETRICH, *Commentary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Ed. Ocean publications, 1992.

ENRICH, ENRIC MULS Y MALET, JAIME. «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías». *Revista Jurídica de Catalunya*, Any XC-Núm. 1, Barcelona, 1991, pp. 441-458.

ESPINIELLA, MENÉNDEZ, ÁNGEL. «Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XIII, nº. 13, 2013, pp. 423.455.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL. «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado - Tribunal de Justicia: Espacio de libertad, seguridad y justicia - Competencia judicial internacional - Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala

Primera) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-9/12, Corman Collins c. La Maison du Whisky». *Revista española de derecho internacional*, Vol. 66, nº 2, 2014, pp. 239-243.

ESPINA, DANIEL. «El carácter mercantil de la unificación internacional del derecho comercial. Principios Unidroit y Principios de Derecho Contractual Europeo». En PILAR PERALES, FERRER VANRELL, ANSELMO MARTÍNEZ CAÑELLAS, *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contrato Comercial Internacional*. Madrid: Dykinson, 2009.

ESPINA OTERO, ALBERTO Y QUINTANA HURTADO, ALEJANDRO. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías*. Chile: Jurídica de Chile, 1985.

ESPLUGUES MOTA, CARLOS. *Compraventa internacional de mercadería*. Valencia: Impiva, 1993.

ESPLUGUES MOTA, CARLOS. *Contratación Internacional*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1999.

ESPLUGUES MOTA, CARLOS. *El contrato de compraventa internacional de mercancías*. Valencia: Impiva, 1994.

ESPLUGUES MOTA, CARLOS. «La Convención de las Naciones Unidas sobre contratos internacionales de compraventa de mercadería, hecha en Viena el 11 de abril de 1980». *Revista General del Derecho*, nº. 556-557, 1991, pp. 59-113.

ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL. *La interpretación de los contratos atípicos y valoración de las conductas de los contratantes*. Universidad de la Sabana, Chía (Colombia): Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

ECHEVARRÍA SÁENZ, JOSEBA AITOR. «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución». *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*. Madrid: La ley, pp. 15 – 53.

ECHEVARRÍA SÁENZ, JOSEBA AITOR. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1995.

EÖRSI, GYULA. *El derecho de Ventas Internacional*. Milan: Giuffrè Editore, 1987, pp. 401-409.

EÖRSI, GYULA Y ADAME GODDARD, JORGE. *El contrato de compraventa internacional México*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1994.

EÖRSI, GYULA. *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Good*. Ed. Galston & Smit, 1984.

FERNANDÉZ DE LA GÁNDARA, LUÍS Y CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, (dir.). *Contratos internacionales*. Madrid: Tecnos, 1997.

FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA. *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial XXI. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS Y ARENAS GARCÍA, RAFAEL. «Compraventa internacional de mercaderías». En VV. AA., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid: Iustel, 2007, pp. 334-404.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS/R. ARENAS/ DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: Iustel, 4ª ed., 2013.

FIERRO MÉNDEZ, RAFAEL ENRIQUE. *Teoría General del contrato – Contratos Civiles y Mercantiles*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2007.

FERRARI, FRANCO. «El ámbito de aplicación del Convenio de Viena sobre la compraventa internacional». *Revista del Derecho Mercantil*, nº, 221, julio-septiembre, Madrid, 1996, pp. 833-890.

FERRARI, FRANCO. «*Vendita Internazionale di Beni Mobili. Tomo I-art.1-13. Ambito di Applicazione-Disposizioni Generali*». En *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA* (a cura di Francesco GALGANO), *Libro Quarto-Delle*

Obbligazioni, Titolo III-Capa I-Della Vendita-Supplemento Legge 11 Dicembre 1985 N.765, Zanichelli Editores-Soc., Roma: Del Foro Italiano, 1994.

FERRARI, FRANCO. *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la CISG de 1980*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FERRANTE, ALFREDO. «Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿Son compatible en el Draft Common Frame of Reference?». *Revista para el análisis del Derecho*, Nº. 1, Barcelona, enero, 2010.

FERRARI, FRANCO. *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*. Barcelona: Bosch, 2009.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo». *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Juan Luis Prada (Coord.), Ed. Civitas, S.A., Vol. 4, 1996, pp. 5210- 5237.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS; ESPLUGUE MOTA, JOSÉ CARLOS (COORD.). *Derecho del Comercio internacional*. Madrid: Eurolex, 1996.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS; ARENA GARCÍA, RAFAEL; DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. *Derecho de los Negocios Internacionales*. Madrid: Iustel, 2007.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. *Latina*. Madrid: Iustel, 2008.

FERRER DE SAN SEGUNDO, MARÍA JOSÉ. *La obligación negativa*. Valencia: Tirant lo Blanch Monografía, 2001.

FONT RIBAS, ANTONIO. *Mercado común y distribución. La distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*. Barcelona: Bosch 1987.

FRANCO FERRARI. «Comentario artículo 14». EN: KRÖLL/ MISTELIS/ PERALES VISCASILLAS (eds). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C.H.Beck-Hart-Nomos, 2011, pp. 207- 236.

FRANK SPOHNHEIMER. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2011.

FREDERICO DE CASTRO Y BRAVO. «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme». *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XI, Vol. 11, n.º. 4, 1958, pp. 1103-1040.

FRÍAS LÓPEZ, ANA. *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona: Bosch, 1994.

FRITZ, ENDERLEIN Y MASKOV, DIETRICH. *Commentary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Ed. Ocean publications, 1992.

GALÁN BARRERA, MARIO. «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano». *Criterios Jurídicos* N.º. 3 (2003). Pontificia Universidad Javeriana Cali, N.º 3(2). Disponible en <http://www.cisg.laz.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera2.html>

GARCÍA VALDECASAS, GUILLERME. «Parte General del Derecho Civil Español», Madrid: Civitas, N.º 3, 1983.

GAMA JÚNIOR, LAURO. «A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – 1980: essa grande desconhecida». *Revista de Arbitragem e Mediação*. N.º 9, São Paulo, pp. 134 - 149, abril/junho, 2006.

GARCÍA HERRERA, ALICE. *La duración del contrato de distribución*. Valencia. Tirant lo Blanc, 2006.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JOSÉ. «Los contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable» en Alberto Alonso Ureba y otros

(Dirs.), Los contratos de distribución. *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*, Madrid: La ley, 2010, pp. 221-240;

GARRIGUES, JOAQUIN. «Tratado de Derecho Mercantil». *Revista de Derecho Mercantil*, Tomo III, Vol. 1.º, Obligaciones y contratos mercantiles, 1963.

GARRO, ALEJANDRO MIGUEL. «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al ordenamiento jurídico argentino». *Revista La Ley*, 1985.

GARRO, ALEJANDRO MIGUEL. «La Formación del Contrato en la Convención de Viena sobre compraventas internacionales y en el Proyecto de unificación». *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1987, n.º.3, p. 14.

GARRO, ALEJANDRO MIGUEL Y ZUPPI, ALBERTO LUIS. *Compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: La Rocca, 1990.

GARRO, ALEJANDRO MIGUEL Y ZUPPI, ALBERTO LUIS. *La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos De Compraventa Internacional de Mercaderías*. Consultada en la página web: www.convenciondeviena.law.pace.edu/cisg/text/garro-zuppi.html.

GARRO, ALEJANDRO MIGUEL. *Armanización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*. p. 6. Documento de Internet. Documento de Internet, <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/05garro.pdf>. p. 18

GERGEN, MARK P., *The Use of Open Terms in Contracts*. Columbia Law Review 997, 998 & 999, 1992.

GINER PARREÑO, CESAR. *Distribución y Libre Competencia (El aprovisionamiento del distribuidor)*. Madrid: Motecorvo, 1994.

GOICOECHEA, IGNACIO. «Los instrumentos de la Cogenrencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que facilitanel desarrollo de los negocios internacionales y de inversiones». *Revista de la Secretaria del Tribunal* , a o 3, N.º 5, marzo, 2015, pp. 45-63.

GONDRE ROMERO, JOSÉ MARÍA. «La Moderna Lex Mercatoria y la unificación del Derecho del comercio internacional». *Revista de Derecho Mercantil*, N°. 127, 1973, pp. 13 - 14.

GÓMEZ CALLE, ESTHER. «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del Proyecto Común de Referencia». *ADC*, Tomo LXV, 2012, fasc. I, pp. 29-102.

GÓMEZ POMAR, FERNANDO Y GILI SALDAÑA, MARIAN. «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución». *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Madrid: La Ley, N.º 2, 2008, pp. 287-298.

GOLDSTAJN, ALEKSANDAR. *Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana (1986) Ch. 3, 55-110. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstajn.html>

GODDARD ADAME, JORGE. *El contrato de compraventa internacional*. México: McGraw-Hill, 1994.

GÓRRIZ LÓPEZ, CARLOS. *Distribución selectiva y comercio paralelo*. Navarra: Arazadi, Cizur Menor, 2007.

GUARDIOLA SACARRERA, ENRIQUE. *Contratos de colaboración internacional*. Barcelona: Bosh, 1998.

HANS VAN HOUTTE. *The Law of International Trade*. Londres: Sweet & Maxwell, 2002.

HANCOCK, WILLIAM A., *Guide to the International sale of goods convention*. Business Laws, Inc., Chesterland, OH, 1986.

HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN. «Contratos de cooperación y distribución», en S. Barona VILAR/C. ESPLUGUES MOTA/J. HERNÁNDEZ MARTÍ. *Contratación internacional*

(*Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación*), C. ESPLUGUES MOTA (coord.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, pp. 711-822.

HONNOLD O., JOHN. *Derecho Uniforme sobre compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid: Derecho Reunidas, 1987.

HONNOLD O., JONH. «The Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Overview». *American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, N.º. 2 y 3, 1979.

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. «El derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática». Madrid: *Revista de Derecho Mercantil*, enero-marzo, N.º 207, 1993, pp. 37-94.

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. «Mercado, Derecho, Libertad». *Derecho de los negocios*, año 8, N.º 81, junio, 1997, pp. 1- 10.

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL Y PERALES VISCASILLAS, MARÍA PILAR. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Universidad Carlos III de Madrid, 2003.

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. «Los Principios UNIDROIT: ¿una nueva lengua franca para la redacción de los contratos comerciales internacionales?». MORÁN BOVIO, DAVID (coord.). *Comentario a los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, Navarra: Aranzadi, 2003.

ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. «La unificación europea del derecho de contratos privados», en ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO (coord.), *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Viente años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Barcelona, 12, 13 de junio de 2006. Navarra: Arazandi, 2007.

IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL. *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002.

IGLESIAS PRADO, JUAN LUIS. «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil». En: *Estudio de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, 1978, p. 251-281.

J.M. MARTÍN. «La llamada concesión mercantil». *Anuales de Universidad La Laguna*. III, 1965-1966, pp. 161-187.

JONES A., SUFRIN. *EC Competition Law*. 2ª Ed. New York, Oxford University Press, 2004.

JUÁREZ PÉREZ, PILAR. «Contratos internacionales de distribución». En Calvo Caravaca, Alonso Luis (coord.)/ Carrascosa González, Javier (coord.). *Curso de contratación internacional*, Madrid: Colex, 2003, pp. 333- 360.

K.H. NEUMAYER/ C. MING. *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Commentaire, Cedidac, Lausanne, 1993.

KAHN, P.H., «Nota a Sentencia Tribunal de Apelación de París de 10 de abril de 1972». *Journ. dr. int.*, 1973.

KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho: Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 28º ed., 1994.

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN (DIR.); PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA Y MÉNDEZ SERRANO, MARÍA DEL MAR (COORDINADORES). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de ley de modernización de derecho de obligaciones y contratos*. Barcelona: Atelier Civil, 2011.

KRITZER A., *La razonabilidad es mencionada específicamente en 37 disposiciones de la Convención y clara alusión a otras partes de la Ley Uniforme de Ventas. Razonabilidad es un principio general de la Convención.* www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/reason.html.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO y otros. *Elementos de Derecho civil II*. Barcelona: Dykinson S.L, Vol. I, *Derecho de las obligaciones*, 3º ed., 1994.

LABARIEGA VILLANUEVA, PEDRO ALFONSO. «La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos». *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 112, enero-abril, 2007, pp. 51- 86.

LAFONT PIANETTA, PEDRO. *Manual de Contrato*, Tomo III, Contratación Internacional, Bogotá: Librería del Profesional, 2004.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho Civil*. Madrid: Trivium S.A., Tomo I, 1992.

LARA GONZÁLEZ, RAFAEL. *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 1998.

LARROUMET, CHISTIAN. *Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, sanciones del incumplimiento de las partes, interpretación del Convenio de Viena*. LARROUMET, CHISTIAN; ÁLVAREZ LONDOÑO, LUIS; ARAÚJO SEGOVIA, RAMIRO, *Compraventa Internacional de Mercaderías Comentario a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003.

LÁZARO SÁNCHEZ, EMILIO JESÚS. «El desistimiento unilateral en los contratos de distribución: análisis de la Jurisprudencia al respecto». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid: Wolters Kluwer, N.º 4, 1989, pp. 1206- 1212.

LEGAZ LACAMBRA, LUIS. «El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales». *Revista de la Facultad de la Universidad Complutense*, N.º 69, 1993.

LEYVA SAAVEDRA, JOSÉ. «Ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías», En: *Universitas*, nº. 103, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Javegraf, Bogotá, junio, 2002.

LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI. *Fuentes del Derecho*. Bilbao: Lete Argitaletxea, 2007.

LÓPEZ FRÍA, ANA. *Los contratos conexos. Estudio del supuestos concretos y ensayos de una construcción doctrinal*. Barcelona: Bosh, 1994.

LOUKAS MISTELIS. «Comentario del artículo 1». EN: KRÖLL/ MISTELIS/ PERALES VISCASILLAS (eds). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C.H.Beck·Hart·Nomos, 2011, pp. 21 – 38.

LUIZ FERNANDÉZ DE LA GÁNGARA. «La compraventa internacional de mercaderías». En Alfonso Luís Calvo Caravaca y Luíz Fernández de la Gángara (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid: Tecno, 1997.

MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER. *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela. 2000.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*. Granada: Colmares, 2004.

MARTINEZ CAÑELLAS, ANSELMO. *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balear, Servei de Biblioteca i Documentació, 2006.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. «Interpretación de la jurisprudencia de la Compraventa Internacional de Mercaderías. Especial Consideración a la jurisprudencia española». Disponible en http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1147388.

MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO. *La indenización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid: Civitas, 1995.

MARÍN LÓPEZ, ANTONIO. «La protección de la parte más débil en la contratación internacional». *Anuario de Derecho Civil*, N.º 2, 17 al 23 de mayo de 1999.

QMARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. «La Directiva 2011/83/CE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros». *Revista CESCO de Derecho de Consumidor*, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, N.º 1, enero – marzo, 2012, pp. 10 – 14.

MAMBRILLA RIVERA, VICENTE. «La contratación mercantil en la normativa «supranacional»: exposición del Derecho unificado y comunitario». *Revista de Estudios Europeos*, N.º 3, 1993.

MAZA GAZMURI, IÑIGO. «La falta de conformidad de la cosa vendida: adecuación material». *Revista de Dercho (Vldivia)*, Chile, Vol. 28, N.º 1, 2015.

MEDINA DE LEMUS, MANUEL. *Contratos de Comercio Exterior. Doctrina y Formularios*. Madrid: Dykinson, 2000.

MENÉDEZ AURELIO (DIR.), POR RICARDO ALONSO SOTO. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Navarra: Thomson, 2008.

MENDIETA GRANDE, JAVIER Y IGLESIAS CASAIS, JOSÉ MANUEL (Dir.) YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Navarra: Thomson Arazandi, Tomo IV, 2014, pp.715 y ss.

MICHAEL JOACHIM, BONELL. «UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law». *Uniform Law Review*, 2004/1 pp. 5 – 40.

MICHAEL JOACHIM BONNEL, ALLAN FOMS WORTH Y ALEJANDRO MIGUEL GARRO, OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Valencia: Tirant lo blanch 2002.

MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. «Cláusula de elección del Derecho aplicable», en S.A., Sánchez Lorenzo (coord.). *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*. Barcelona: Atelier, 2012.

MEDINA, LEMUS. *La venta internacional de mercaderías*. Madrid: Bosh, 1995.

MORALEJO MENÉNDEZ, IGNACIO. *El contrato Mercantil de Concesión*. Madrid: Aranzadi, 2007.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. « Es posible construir un sistema precontractual de remedios Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo». En

z

(director: K. J. Albiez Dohrmann), Barcelona: Atelier, 2011, p. 400.

MADRID PARRA, AGUSTÍN. *Comentarios a los Principios Unidroit para los contratos del comercio internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2ª ed., 2003, pp. 285-321.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. «Comentario artículo 35», en Díez Picazo, Luis (dir), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena*. Navarra: Thomson Civitas, Cizúr Menor, 1997, p. 295.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *El error en los contratos*. Madrid: Ceura, 1998.

MORÁN BOVIO, DAVID. *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*. LÚCIA ALVARADO HERRERA; MANUEL CLAVERO TERNERO; RAFAEL ILLESCAS ORTIZ; AGUSTÍN MADRID PARRA, DAVID MORÁN BOVIO (Coord.). Navarra: Thomson Aranzadi, 2º ed., 2003, pp. 323 - 325.

OLIVENCIA RUIZ, MANUEL. «*La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Antecedentes históricos y Estado actual*». Revista de Derecho Mercantil, 1992.

OVIEDO ALBÁN, JORGE. «Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías». En: Revista *Universitas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias jurídicas, , nº. 101, 2001.

OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO. *Compraventa Internacional de Mercaderías: (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

OVIEDO ALBÁN, JORGE. «La formación del contrato en los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales». En: *Revista Universitas*, 1999. Bogotá, Colombia: Pontificia de la Universidad de Javeriana, N.º 96, junio, 1999.

OVIEDO ALBÁN, JORGE. «Los Principios UNIDROIT para los contratos internacionales». *Dikaion Revista de Actualidad Jurídica*, N.º 11, 2002, pp. 96 – 125.

OVIEDO ALBÁN, JORGE. «La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías». *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 26, enero-junio de 2014, pp. 219- 253.

PAZ-ARES, CÁNDIDO. «La terminación de los contratos de distribución», Madrid: *Revista de Derecho Mercantil*. N.º 226, octubre-diciembre, 1997.

PAZ-ARES, CÁNDIDO. «La indemnización por clientela en el contrato de concesión». *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2, 1998, ISBN 84-7762-802-5, pp. 1287-1304.

PAZ-ARES RODRIGUEZ, CÁNDIDO. «La terminación de los contratos de distribución». *Revista de Derecho Mercantil*, N.º. 223, 1997, pp. 7- 58.

PEÑA ROMERO, KAREN. *El pacto de exclusiva*. Navarra: Aranzadi, 2012.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980». *Derecho, PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 53, 2000, pp. 863-904.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «El contrato de compraventa internacional de mercancías (convención de Viena de 1980)». Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 2001.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR Y ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. «Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme». Madrid: *Centro de Estudios Ramón Areces*. Universidad Carlos III de Madrid, 2003.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *Compraventa Internacional de Mercaderías (II): Ejecución del contrato, acciones y derechos de las partes por incumplimiento*. En base de conocimiento jurídico Iustel, RI910588.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, Formación*, LÚCIA ALVARADO HERRERA; MANUEL CLAVERO TERNERO; RAFAEL ILLESCAS ORTIZ; AGUSTÍN MADRID PARRA, DAVID MORÁN BOVIO (coordinadores), Thomson Aranzadi, 2º ed. 2003.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos «mixtos» del artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». En: *Estudios de contratación (Régimen uniforme e internacional privado)*, Potificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, 2004, pp. 423-454.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Comentario del artículo 7. En: KRÖLL/ MISTELIS/ PERALES VISCASILLAS (eds). Múnich: C.H.Beck·Hart·Nomos, 2011, pp. 111 - 141.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «a cia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999 44 CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo». *Actualidad Civil*, no 47-48, 15 al 28 de diciembre de 2003, pp. 1199-1224.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa Internacional, los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas». *Diario de la Ley*, Nº. 6725, Sección Doctrina, 31 de mayo de 2007, Año XXVIII, Ref. D-128, Editorial La Ley.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». *Estudio de Derecho Mercantil: liber amicorum profesor DR. FRANCISCO VICENT CHULIÁ / coord. Por MARÍA VICTORIA PETII LAVALL; VICENT*

CUÑAT EDO (Dir.), JOSÉ MASSAGUER FUENTES (Dir.), FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (Dir.), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ (Dir.), 2013, pp. 1225-1244.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT (ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)». *Revista de Derecho Mercantil*, ISSN 0210-0797, nº. 223, 1997, pp. 221-298.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Una aproximación al artículo 7 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Aplicaciones concretas a la parte II de la Convención». *Cuaderno de Derecho y Comercio*, ISSN 1575-4812, nº. 16, 1995, pp. 55-88.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los Principios de UNIDROIT como objeto y como instrumento de interpretación». En: *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un Derecho común de los contratos para Las Américas?*. Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, 6-9 Noviembre 1996. Roma: UNIDROIT, 1998, pp.303-310.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Múnich: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2011.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *CISG Advisory Council* N.º

, 24 Octubre 2004.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Interpretación en clave nacional de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». STPI de Tudela, España, de 29 de marzo de 2005, *Derecho de los Negocios*, año N.º 16, N.º 180, 2005, pp. 23-34.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Opiniones del consejo de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, (CISG-AC)». *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 61, nº. 3, 2008, pp. 1389-1471.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Regulación del contrato de compraventa internacional: Antecedentes, estructura y fuentes». *Dikaion: Revista de actualidad jurídica*, ISSN-E 0129-8942, N.º 16, 2007, pp. 311- 314.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. *Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. Derecho Contractual Europeo: Problemáticas, propuestas y perspectivas, ESTEVE BOSH CAPDEVILA (Coord.), Barcelona: Bosh, 2009, pp. 183-208.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución». *Los Contratos de Distribución*. DIRECTORES: ALONSO UREBA, A./VELASCO SAN PEDRO, L./ALONSO LEDESMA, C./ECHEVARRÍA SÁENZ, A./VIERA GONZÁLEZ, J., Congreso de Distribución y Derecho de la Competencia (1. 2008). Madrid: La Ley, 2010, pp. 299-350.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Contratos de distribución internacional y arbitraje. Distribución Comercial y Derecho de la Competencia». ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZALÉZ (Dir.), JOSEBA AITOR ECHEVARRÍA SÁENZ (Dir.), *La Ley*. Group Wolters Kluwer, ISBN 978-84-8126-978-9, 2011, pp. 45-102.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías». En *Estudios de Derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*. VV.AA. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

PERALES VISCASILLAS, MARIA DEL PILAR. «Contrato de distribución, internacional y arbitraje». Colombia: *Revista Foro Derecho Mercantil*, N.º 32, jul.-sep./2011, pp. 07-61.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. «A CISG e os Contratos Internacionais de Distribuição». En: *A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: Desafios e Perspectivas*. Directores: SÍLVIO DE SALVO VENOSA, RAFAEL VILLAR GAGLIARDI E EDUARDO ONO TERASHIMA. São Paulo: Editorial Atlas, 2015, pp. 80-101.

PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona: Bosh, Vol. III, 1989.

PUIG PEÑA, FEDERICO. «Tratado de Derecho civil español». Madrid: *Revista de Derecho privado*, 1975.

PULIDO BEGINES, JUAN LUIS. *Comentarios a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, LÚCIA ALVARADO HERRERA; MANUEL CLAVERO TERNERO; RAFAEL ILLESCAS ORTIZ; AGUSTÍN MADRID PARRA, DAVID MORÁN BOVIO (Coordinadores), Navarra: Thomson Aranzadi, 2º ed. 2003, pp. 253 - 283.

QUÍÑONES ESCÁMEZ, ANA. «El relativo éxito de la Conferencia de La Haya en materia de venta: El Convenio sobre ley aplicable a la compraventa internacional (1986)». Barcelona: *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 92, N.º 2, 1993, 303- 322.

RALUCA STROIE, LULIANA. «La Directiva 2011 83 UE, sobre los Derechos de los Consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea». *Revista CESCO de Derecho de Consumidor*, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, N.º 1, enero – marzo, 2012, pp. 8 – 9.

RECASENS SICHES, LUÍS. *Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 3ª ed. 1953.

RICHARD EFRAÍN, HUGO. «Contratos conexos y la colaboración empresarial», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubizal Culzoni, Santa Fe, año 2007-2, 2007, pp. 86- 105.

RICHARD, BRADLEY J., *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention*. Iowa Law Review, 1983.

RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO. *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Navarra: Tirant lo Blanc, 2012.

RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO. «Las redes empresariales en el Proyecto de Ley de contratos de distribución español de 2011». En: *La reforma de los contratos de distribución comercial*. VV.AA. Las Rozas: La Ley, 2013, pp. 75- 87.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO. «La conformidad material de las mercaderías en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional: estado actual de la materia». Colombia: *Revista e-Mercatoria (Revista del Departamento de Derecho Comercial*, Vol. 9, N.º 1, 2000, 16- 55.

RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR. *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*. Madrid: La Ley, 1992.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, EDMUNDO. «Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva». En: VVAA, *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 123-160.

RUANGVICHATHORN JUMPITA. «Commentary on whether the UNIDIT Principles of International Commercial Contracts may be interpret on supplement article 55 of the CISG». www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ruangvichathorn.html

RUXANDRA MUCENI, VLADIA. «Lagunas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías». <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mucenic.html>.

SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO. «Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a la indemnización por clientela». *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Madrid: La Ley, N.º 2, 2008, pp. 275- 285.

SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER. *Curso de Derecho Civil II*. VV.AA. Valencia: Tirant Lo Blanch, 5ª ed., 2008.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 30ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 30ª ed., 2013.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *Principios de Derecho Mercantil*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2006.

SANTINI, GERARDO, PRESENTACIÓN DE PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, ANTONIO. *El comercio: Ensayo de la economía del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1988.

SCHMIDT, KARSTEN. *Derecho Comercial*. Traducción de la 3ª edición alemana, supervisión académica, Rafael Mariano Monóvil, Buenos Aires: Atrea, 1997.

SCHNITZER. *Les contrats en droit international privé suisse*. En: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 123 (1968.I).

SHCLECHTRIEM & SCHWENZER. *Comentarios sobre la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional e mercaderías*. Navarra: Thomson Reuters, Tomo I y II, 2011.

SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO. «Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución». *Los contratos de distribución*, 2010, pp. 455- 501.

SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA. *Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

THIEFFRY, JEAN. «*La Convention de Vienne et les contracts de distribution*». Dr. et prat. com. int., 1993, pp. 62-68.

TOBAR RODRÍGUEZ, JAVIER ANTONIO. *Compraventa internacional de mercaderías y la propiedad intelectual e industrial*. Madrid: La Ley, 2014.

TORRUBIA CHALMETA, BLANCA. «El contrato de distribución selectiva». *Revista de la Competencia y la Distribución*, N.º 8, 2011, pp. 93- 122.

URÍA, RODRIGO Y MENÉDEZ AURELIO, por ALONSO SOTO, RICARDO. *Curso de Derecho Mercantil II*. Madrid: Civitas, 2001.

VAQUER ALOY, ANTONI. «El principio de conformidad:¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?». *Anuario de Derecho Civil*, Tomo, LXIV, Fascículo I, Enero-marzo, 2011, pp. 5-39.

VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coord.). *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Barcelona: Atelier, Tomo II, 2012.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS. «Análisis crítico de las disposiciones de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías». *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 217, julio-septiembre, Madrid, 1995, pp. 1049- 1114.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS. *La obligación de la conservación de las mercaderías en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercadería (un estudio transversal de la Convención de Viena)*. Valencia: Tirant lo Blanch, , 1995.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS. .
Una Visión jurisprudencial. Navarra: Arazandi, 2000.

VARELA QUIRÓS, LUIS ALBERTO. *Las fuentes del Derecho Internacional*. Colombia: Temis, 1996.

VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ. «La interpretación de los contratos a partir de los Principios Contractuales Europeos». En: *Bases de un Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2003, pp. 245 – 260.

VIDAL OLIVARES, ÁLVARO RODRIGO. «La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales». *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, Fascículo III, Julio-Septiembre, 2003.

VIERA GONZÁLEZ, JORGE ARISTIDES; JOSEBA AITOR ACHEBARRÍA SÁENZ Y JUAN IGNACIO RUIZ PERIS. *La reforma de los contratos de distribución comercial*. Las Rozas: La Ley, 2013.

VINCZE, ANDREA. *Remarks on whether and the extent to which the Principles of European Contract Law (PECL) may be used to help interpret Article 55 of the CISG*, October, 2004. www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vincze2.html

VIRGÓS SORIANO, MIGUEL. «La Ley Aplicable a los contratos internacionales: La regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la protección característica del contrato». *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio*

Menéndez, coordinado por Juan Luis Prada. Madrid: Civitas, S.A., Vol. 4, 1996, pp. 5289- 5309.

VIRGÓS SORIANO, MIGUEL. «Comentario a los Arts. 10.5, 10.6 y 10.10 CC (contratos internacionales y Convenio de Roma de 1980)». En M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (ed.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1995, pp. 609 y ss.

VIRGÓS SORIANO, MIGUEL. «Obligaciones contractuales». En J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/A.L. CALVO CARAVACA/VIRGÓS SORIANO, MIGUEL/M. AMORES CONRADI/P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Derecho internacional Privado*. Parte especial, 6ª ed., Madrid: Eurolex, 1995.

WAELEBROECK, M., *La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por las autoridades y por las jurisprudencia de los Estados miembro*. En *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/D.J. LIÑAN NOGUERAS (Directores). Madrid: Civitas, 1993, pp. 863-883.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

ALEMANIA

Landegericht Dusseldorf de 17 de noviembre de 1983.

Sentencia Landgericht Hamburg, Alemania, 26 de septiembre de 1990.

Número del caso 1, número de la CLOUT 1, Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 13 de junio de 1991.

Número del caso 6, número de la CLOUT 1, Landgericht Frankfurt, Alemania, 16 de septiembre de 1991.

Número del caso 2, número de la CLOUT 1, Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 17 de septiembre de 1991.

Número del caso 281, número de la CLOUT 26, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1992.

Número del caso 227, número de la CLOUT 20, Oberlandesgericht Hamm, Alemania, de 22 de septiembre de 1992.

Número del caso 317, número de la CLOUT 30, Oberlandesgericht Karlsruhe; Alemania, 20 de noviembre de 1992.

Número del caso 281, Caso CLOUT 26, Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993.

Número del caso número 106, número de la CLOUT 8, Oberster Gerichtshof, Austria, de 10 de noviembre de 1994.

Sentencia OLG München, Alemania, 22 de septiembre de 1995.

Número del caso 131, número de la CLOUT 10, Landgericht München I, Alemania, de 8 de febrero de 1995.

Número del caso 134, número de la CLOUT 10, Oberlandesgericht München, Alemania, 8 de marzo de 1995.

Número del caso 123, número de la CLOUT 9, Tribunal Supremo Alemania, 8 de marzo de 1995.

Número del caso 409, número de la CLOUT 36, Landgericht Kassel, Alemania, 15 de febrero de 1996.

Número del caso 166, número de la CLOUT 12, Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemania, 21 de marzo de 1996.

Número del caso 166, número de la CLOUT 12, Arbitraje Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, Alemania, 21 de junio de 1996.

Número del caso 169, número de la CLOUT 12, OLG Düsseldorf, Alemania, 11 julio 1996.

Número del caso 122, número de la CLOUT 9, Oberlandesgericht Köln, Alemania, de 26 de agosto de 1996.

Número del caso 192, número de la CLOUT 14, Obergericht des Kantons Luzern, Suiza, 8 de enero de 1997.

Número del caso 282, número de la CLOUT 26, Tribunal de Oberlandesgericht Koblenz, 31 de enero de 1997.

Número del caso 273, número de la CLOUT 26, Oberlandesgericht nche n, Alemania, 9 de julio de 1997.

Número del caso 295, número de la CLOUT 27, Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 5 de noviembre de 1997.

Número del caso 280, número de la CLOUT 26, Oberlandesgericht Jena, Alemania, de 26 de mayo de 1998.

Número del caso 270, número de la CLOUT 26, Bundesgerichtshof, Alemania, 25 de noviembre de 1998.

Número del caso 346, número de la CLOUT 32, Landgericht Mainz, Alemania, de 26 de noviembre de 1998.

Número del caso 363, número de la CLOUT 33, Tribunal Landgericht Bielefeld, Alemania, 24 de noviembre de 1999.

Número del caso 430, número de la CLOUT 37, Oberlandesgericht München, Alemania, 3 de diciembre de 1999.

Número del caso 360, caso CLOUT 33, Amtsgericht Duisburg, Alemania, de 13 de abril de 2000.

Número del caso 343, número de la CLOUT 32, Landgericht Darmstadt, Alemania, 9 de mayo de 2000.

Número del caso 429, número de la CLOUT 37, Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 30 de agosto de 2000.

Número del caso 446, número de la CLOUT 39, Oberlandesgericht Saarbrücken, Alemania, 14 de febrero de 2001.

Número del caso 607, número de la CLOUT 55, Oberlandesgericht Köln, Alemania, 16 de julio de 2001.

Número del caso 445, número de la CLOU 39, Bundesgerichtshof, Alemania, 31 de octubre de 2001

Número del caso 774, número de la CLOUT 74, Bundesgerichtshof, Alemania, 2 de marzo de 2005.

Landgericht Neubrandenburg, Alemania, 3 de agosto de 2005.

Tribunal Rechtbank van Koophandel Hasselt, Corte Comercial, en Belgica, el 19 de abril de 2006.

Oberlandesgericht Oldenburg, Alemania, 20 de diciembre de 2007.

Suprema Corte Federal Bundesgerichtshof, Alemania, 9 de julio de 2008.

Sentencia del Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 julio de 2009.

AUSTRIA

Número del caso 106, caso CLOUT 8, Oberster Gerichtshof, Austria, de 10 de noviembre de 1994.

Número del caso 176, número de la CLOUT 13, Oberster Gerichtshof, Austria, de 2 de febrero de 1995.

Número del caso 189, número de la CLOUT 14, Oberster Gerichtshof, Austria 20 de marzo de 1997.

Número del caso 306, número de la CLOUT 28, Oberster Gerichtshof, Austria, 11 de marzo de 1999.

Número del caso 541, número de la CLOUT 47, Oberster Gerichtshof, Austria, 14 de enero de 2002.

Sentencia del Oberster Gerichtshof, Austria, 21 de abril de 2004.

Número del caso 746, número de la CLOUT 71, Oberlandesgericht Graz, Austria, de 29 de julio de 2004.

Sentencia de la Corte Suprema de Austria, Oberster Gerichtshof, de 26 de enero de 2005.

Sentencia del Tribunal Oberster Gerichtshof, Austria, 8 de noviembre de 2005.

Número del caso 752, número de la CLOUT 71, Oberster Gerichtshof, Austria, 25 de enero de 2006.

Sentencia del Oberster Gerichtshof, Austria, 19 de abril de 2007.

Setencia del Kantonsgericht Aargau, Suiza, 20 de septiembre de 2007.

Setencia del Oberlandesgericht Linz, Austria, 24 de septiembre de 2007.

Setencia del Oberlandesgericht Innsbruck, Austria, 18 de diciembre de 2007.

AUTRALIA

Número del caso 308, número de la CLOUT 28, Federal Court of Australia, Australia, 28 de abril de 1995.

BÉLGICA

Número del caso 1017, número de la CLOUT 103, Hof van Beroep Gent, Bélgica

BRASIL

Número del caso 1181, número de la CLOUT 122, Tribunal de Apelación del Estado de S o Paulo – Sala 16ª de Derecho Privado, 3 de julio de 2007.

Número del caso 1180, número de la CLOUT 122, Tribunal de Apelación del Estado de São Paulo – Sala 16ª de Derecho Privado, Brasil, 24 de abril de 2008.

BULGARIA

Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, Bulgaria, 30 de noviembre de 1998.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de Bélgica, 19 de diciembre de 2013, asunto C-9/12, Corman Collins c. La Maison du Whisky.

CHINA

Número del caso 1170, caso CLOUT 120, China International Economic Trade Arbitration Commission, República Popular China, 31 de diciembre de 1997.

Número del caso 982, número de la CLOUT 98, China International Economic & Trade Arbitration Commission, China, 25 de diciembre de 1998.

Número del caso 770, número de la CLOUT 74, China International Economic & Trade Arbitration Commission, China, 30 de marzo de 1999.

Laudo número CISG/2005/12 de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China, República Popular China, 2005.

Número del caso 1163, número de la CLOUT 120, China International Economic & Trade Arbitration Commission CIETAC, 07 de abril de 2005.

COLOMBIA

La sentencia C-529/2000 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, 10 de mayo de 2000.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil 24 de julio de 2009.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 30 de agosto de 2011.

Sentencia de la Corte Suprema de Colombia, Bogotá, D. C., 21 de febrero de 2012.

CROACIA

Número del caso 917, número de la CLOUT 91, de 24 de octubre de 2006.

Número del caso 915, número de la CLOUT 91, High Commercial Court, Croacia, de 20 de febrero de 2007.

Número del caso 913, número de la CLOUT 91, High Commercial Courtde, Croacia, 27 de septiembre de 2007.

DINAMARCA

Número del caso 999, número de la CLOUT 100, Tribunal de Arbitraje Ad Hoc, Dinamarca, 10 de noviembre de 2000.

ESPAÑA

Sentencia STS 21 de abril de 1964.

STS de 18 de marzo de 1966, RAJ, 1966, N.º1288.

STS de 30 de julio de 1987, RAJ, 1987, N.º 4832.

STS de 28 de febrero de 1989, RAJ, 1989, N.º 1409.

STS de 15 de octubre de 1992, RAJ, 1992, N.º 7823.

Sentencia de AP de Bilbao de 26 de noviembre de 1992.

STS de 8 de noviembre de 1995.

Sentencia del STS de 29 de octubre de 1995, RAJ, 1995, N.º 309.

STS de 18 de diciembre de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997.

STS de 17 de mayo de 1999.

STS de 19 de mayo de 1999.

STS de 12 de julio de 2000.

sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de 2000 (ED 2000/58952).

Sentencias de 26 de julio de 2000.

STS de 16 de noviembre de 2000.

Sentencia Audiencia Provincial número 410/2001 Baleares (Sección 5ª), de 15 junio, Recurso de Apelación núm. 4/2001.

Sentencia nº 1000/2008 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 30 de Octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2002.

Número del caso 488, número de la CLOUT 42, Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 14ª), 12 de febrero de 2002.

Sentencia AP de Valencia dictó sentencia el 7 de junio de 2003.

Número del caso 547, número de la CLOUT 48, Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, No 223/2003, 22 de septiembre de 2003.

Número del caso 556, número de la CLOUT 48, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16, No 783 2003, 27 de noviembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2004.

Número del caso 553, número de la CLOUT 48, Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, España, 28 de abril de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo 16 de octubre de 2005.

Tribunal Supremo de España el 20 de diciembre de 2005.

Tribunal Supremo español, 5 de abril de 2006. Número 364/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1).

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008, en el recurso núm. 3868/2001.

Número del caso 1387, número de la CLOUT 147, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Colmenar Viejo, Madrid, 23 de julio 2008.

Setencias del STS 24 de octubre de 2008.

Número del caso 1384, número de la CLOUT 147, Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Elche, España, 06 de julio de 2009.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra, España, 17 de julio de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4) Auto número 172 2010, de 14 septiembre de 2010.

Setencia T.S 149/2011, (Sala 1), Madrid 3 de marzo de 2011.

Sentencia núm. 428/2012 10 de julio de 2012.

Sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo, 532/2012, Madrid, 30 de julio de 2012.

Sentencia A.P. Pontevedra 659/2012 de 20 de diciembre de 2012.

Sentencia TS de España 58/2013 (Sala 1) de 25 de febrero de 2013.

Sentencia SAP Madrid, 17 febrero 2015, Recurso de Apelación 729 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección N.º 1, sentencia del 27 de febrero de 2014, N.º del recurso 62/2014.

Número del caso 1494, número de la CLOUT 160, Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, sentencia número 569, de 6 de octubre de 2014.

ESTADOS UNIDOS

Número del caso 23, número de la CLOUT 2, Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 14 de abril de 1992.

Número del caso 187, número de la CLOUT 14, U.S. District Court, Southern District of New York, Estados Unidos de América, 23 de julio de 1997.

Número del caso 413, número de la CLOUT 36, Federal District Court Northern District of New York, Estados Unidos, 6 de abril de 1998.

Número del caso 222, número de la CLOUT 18, U.S. Court of Appeals, Eleventh Circuit, Estados Unidos de América, 29 de junio de 1998.

Número de la CLOUT 36, número del caso 417, Federal District Court, Northern District of Illinois, Estados Unidos, 7 de diciembre de 1999.

Número del caso 617, número de la CLOUT 55, U.S. District Court, Northern District of California, Estados Unidos de América, 30 de enero de 2001.

Número del caso 433, número de la CLOUT 37, Federal District Court, Northern District of California, Estados Unidos, de 30 de julio de 2001.

Número del caso 578, número de la CLOUT 51, U.S. District Court, Western District of Michigan, Estados Unidos de América, 17 de diciembre de 2001.

Número del caso 579, número de la CLOUT 51, Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, de 10 de mayo de 2002.

sentido número del caso 695, número de la CLOUT 65, District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Estados Unidos, 29 de marzo de 2004.

Número del caso 698, número de la CLOUT 65, Colmar Superior Court of Massachusetts, Estados Unidos, de 28 de febrero de 2005.

Número del caso 777, número de la CLOUT 74, U.S. Court of Appeals, Eleventh Circuit, Estados Unidos de América, 12 de septiembre de 2006.

Número del caso 931, número de la CLOUT 93, Federal Court, Suiza, 12 de julio de 2007.

Número del caso 844, número de la CLOUT 83, U.S. District Court, Kansas, Estados Unidos de América, 28 de septiembre de 2007.

FILANDIA

Sentencia del Tribunal de Apelación de Helsinki, Finlandia, 31 de mayo de 2004.

FRANCIA

Número del caso 158, caso CLOUT 11, Cour d' appel de Paris, Francia, de 22 de abril de 1992.

Número del caso 155, número de la CLOU 11, Cour de cassation, Francia, de 4 de enero de 1995.

Corte de Apelación de Grenoble, 22 de febrero 1995.

Número del caso 151, número de la CLOUT 11, Cour d' appel de Grenoble, Francia, 26 de febrero de 1995.

Número del caso 169, número de la CLOUT 11, Cour d'appel, Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995.

Número del caso 204, número de la CLOUT, Tribunal de Cour d' appel de Grenoble, Francia, 11 de julio de 1996.

Número del caso 206, caso CLOUT 15, Corte de Casación de Francia, del 17 de diciembre de 1996.

Número del caso 312, número de la CLOUT 29, Cour d'appel, Paris, Francia, de 14 de enero de 1998.

Número del caso 400, número de la CLOUT 35, Court of Appeal, Francia, de 24 de octubre de 2000.

Sentencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, laudo número 9781/2000.

Sentencia de la Cour d'appel de Versailles, Francia, 13 de octubre de 2005.

HUNGRÍA

Número del caso 52, número de la CLOUT 4, Favárosi Biróság, Hungría 24 de marzo de 1992.

Número del caso 126, número de la Caso CLOUT 9, Tribunal Metropolitano de Hungría, 19 de marzo de 1996.

HOLANDA

Sentencia del Gerechtshof Amsterdam de 16 de julio de 1992.

ITALIA

Número del caso 92, número de la CLOUT 7, Tribunal *Ad hoc* Arbitral de Florencia, 19 de abril de 1994.

Número del caso 379, número de la CLOUT 34, Corte di Cassazione, sez.un., Italia, 14 de diciembre de 1999.

Número del caso 378 caso CLOUT 38, Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000.

Tribunal de Vigevano, Italia en 12 de julio de 2000.

Número del caso CLOUT 727, Chamber of National and International Arbitration of Milan, Italia, de 28 de septiembre de 2001.

Número del caso 648, número de la CLOUT 59, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Italia, 18 de octubre de 2002.

Número del caso 608, número de la CLOUT 55, Al Palazzo S.r.l. v. Bernardaud s.a. Trib. Rimini, Italia, de 26 de noviembre de 2002.

Número del caso 652, número de la CLOUT 59, Italia, Tribunale Padova, 10 de enero de 2006.

Sentencia de la Corte di Cassazione Italia, 4 de mayo de 2006.

NUEVA ZELANDIA

Sentencia de la High Court of New Zealand, Nueva Zelandia, 30 de julio de 2010.

Número del caso 1256, número de la CLOUT 131, Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia, 22 de julio de 2011.

PAÍSES BAJOS

Sentencia del Tribunal Gerechtshof Amsterdam, Países Bajos, 16 julio 1992.

Número del caso 100, número de la CLOUT 7, Rechtbank Arnhem, Países Bajos, 30 de diciembre de 1993.

Sentencia del Arbitration Institute, sentencia del 15 de octubre de 2002.

Número del caso 828, número de la CLOUT 81, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, Países Bajos, 2 de enero de 2007.

Número del caso 828, número de la CLOUT 81, Court of Appeals of 's-Hertogenbosch, Países Bajos, 29 de mayo de 2007.

Rechtbank Rotterdam, Países Bajos, 15 de octubre de 2008.

POLONIA

Número del caso 1305, número de la CLOUT 137, Tribunal de Apelaciones de Varsovia, Polonia, de 20 de noviembre de 2008.

REPUBLICA CHECA

Número del caso 1451, número de la CLOUT 155, Suprema Corte Republica Checa, 26 de junio de 2008.

SAN SALVADOR

Sentencia del Juzgado segundo de lo Civil y Mercantil de San Salvador, 28 de febrero de 2013.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 22 de abril de 2014.

SERBIA

Número del caso 1020, número de la CLOUT 103, Expanded Tribunal of the Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 28 de enero de 2009.

SUIZA

Número del caso 95, número de la CLOUT 7, Zivilgericht Basel–Stadt, Suiza, 21 de diciembre de 1992.

Número del caso 201, número de la CLOUT 14, Tribunal Richteramt Laufen des Kantons Berne, Suiza, 7 de mayo de 1993.

Número del caso 334, número de la CLOUT 31, Obergericht des Kantons Thurgau, Suiza, 19 de diciembre de 1995.

Número del caso 192, número de la CLOUT 14, Tribunal Obergericht des Kantons Luzern, Suiza, 8 de enero de 1997.

Número del caso 261, número de la CLOUT 25, Bezirksgericht der Saane, Suiza, de 20 de febrero de 1997.

Número del caso 215, número de la CLOUT 18, Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997.

Número del caso 217, número de la CLOUT 18, Tribunal Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 26 de septiembre de 1997.

Número del caso 251, número de la CLOUT 25, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 30 de noviembre de 1998.

Número del caso 327, número de la CLOUT 31, Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, de 25 de febrero de 1999.

Número del caso 325, caso CLOUT 31, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 8 de abril de 1999.

Número del caso 877, número de la CLOUT 87, Bundesgericht, Suiza, 22 de diciembre de 2000.

Número del caso 882, número de la CLOUT 87, Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 5 de noviembre de 2002.

Número 886, número de la CLOUT 88, Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Suiza, 3 de diciembre de 2002.

Número del caso 889, número de la CLOUT 88, Suiza, Handelsgericht des Kantons Zurich, Tribunal de Comercio del Cantón de Zurich, 24 de octubre de 2003.

Número del caso 890, número de la CLOUT 88, Tribunale d'appello del Cantone Ticino, Seconda Camera civile, Lugano, Suiza, 29 de octubre de 2003.

Número del caso 885, número de la CLOUT 87, Bundesgericht, Suiza, 13 de noviembre de 2003.

Sentencia del Kantonsgericht Schaffhausen, Suiza, 27 de enero de 2004.

Sentencia del Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 25 de enero de 2005.

Número del caso 908, número de la CLOUT 90, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 22 de diciembre de 2005.

Número del caso 911, número de la CLOUT 90, Corte de justicia de Génova, Suiza, 12 de mayo de 2006.

Número del caso 931, número de la CLOUT 93, Tribunal Federal de Suiza, 12 de julio de 2006.

Número del caso 932, número de la CLOUT 93, Obergericht des Kantons Thurgau, Suiza, 12 de diciembre de 2006.

Sentencia del Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, Suiza, 8 de noviembre de 2006.

Número del caso 934, número de la CLOUT 93, Tribunal cantonal du Valais, Suiza, 27 de abril de 2007.

Número del caso 935, número de la CLOU 93, Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 25 de junio de 2007.

Obergericht des Kantons Aargau, Suiza, 3 de marzo de 2009.

Setencia Kantonsgericht Zug, Suiza, 14 de diciembre de 2009.

REPUBLICA CHECA

Número del caso 1451, número de la CLOUT 155, Tribunal Supremo, República Checa, 25 de junio de 2008.

RUSIA

Número del caso 139, número de la CLOUT 10, Arbitraje - Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional, laudo N° 309/1993 de la cámara de comercio e Industria de la Federación de Rusia, 3 de marzo de 1995.

Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara Federación Rusia de Comercio e Industria, Rusia, 5 de marzo de 1998. CISG-online 1827.

I.C.C. INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION

Sentencia arbitral de la I.C.C., N.º 7197/1992.

Sentencia del Tribunal I.C.C. International Court of Arbitration, 23 de enero de 1997.

Sentencia del Tribunal I.C.C. International Court of Arbitration, 01 de diciembre de 1998.

LEYES, DECRETOS, DIRECTIVAS, REGLAMENTOS, PRINCIPIOS Y TRATADOS EMPLEADOS

Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014. Número de expediente: 837/2014 (JUSTICIA). Fecha de aprobación, 29 de enero de 2015.

Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacionales de mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2014.

Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías, publicación de las Naciones Unidas, publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 2016.

Convenio de Ginebra de 1983 sobre Representación en Compraventa Internacional de Mercaderías.

Convenio de La Haya 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación.

Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones.

Convenio de México de 17 de marzo de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

Convención de Las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980.

Constitución española de 27 de diciembre de 1978.

INCOTERMS (*International Chamber of Commerce Trade Terms*).

Informe A/CN.9/847, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó durante la 48º periodo de sesiones (29 de junio a 16 de Julio de 2015).

Informe A/70/17, 48º Periodo de Sesiones, 29 de junio a 16 de julio de 2015 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.

Directiva 2004/39/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.

Guía sobre los acuerdos de distribución en el Derecho comunitario, Madrid, 1990.

Ley nº. 16/1989, de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, Modificadas por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de julio de 1996.

Ley 7/1996, de 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista.

Normativa Común de compraventa - Europea Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea

Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo. (*Draft Common Frame of Reference*).

Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004/ UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Thomson Arazandi, Roma, 2007.

Propuesta de Anteproyecto de ley de Contratos de Distribución, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, nº 2, La Ley, 2008, pp. 287 y ss.

Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, efectuada por la Comisión General de Codificación (Boletín, núm. 2006, Ministerio de Justicia).

Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, de 29 de junio de 2011, referente a clasificación de tipos de contratos de distribución.

Propuesta de Código Mercantil en: Propuesta Código Mercantil elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, 2013, pp. 479-489.

Publicación N.º 745 de la CCI, Guía para la redacción de contratos de distribución internacional.

Real Decreto N.º 1750/87, de 18 de diciembre de 1897, de Transferencia de Tecnología y Asistencia Técnica.

Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

Reglamento (CE) N.º 2790/1999 de la Comisión de 22.12.1999.

Reglamento (UE) N.º 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010.

Reglamento (CEE) N.º 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva.

Reglamento (CEE) N.º 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

Reglamento 1475/95 de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 28 de junio de 1995 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de

determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles.

Reglamento (CEE) N.º 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

Reglamento (CE) N.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

UNCITRAL Yearbook, II, A/CN.9/52, Grupo de Trabajo en la compraventa internacional: Informe sobre o segundo período de Sesión, 7-18 de diciembre de 1970.

Uniform Commercial Code (EEUU).